

KONKURSKARANTENE OG ”DOBBELTSTRAFF”

Materiell rettskraft på tvers av skillet mellom sivile saker og straffesaker

Kandidatnr: 555

Veileder: Anne Hazeland

Leveringsfrist: 10. april 2003

Innleveringssemester: V-03

Til sammen 39.392 ord

14.05.2003

Forord

Jeg har under studietiden hatt interesse for forholdet mellom norsk rett og menneskerettighetene på straffeprosessens område. At jeg har valgt å skrive om dobbeltstraff, har sammenheng med de problemstillinger denne bestemmelsen reiser i forhold til effektiv bekjempelse av økonomisk kriminalitet.

I tillegg har jeg sett det som særlig interessant at konkursskraneneinstituttet tilhører en slags gråsoner mellom konkursrett og strafferett, hvor privatrettslige og offentligrettslige hensyn krysser hverandre, samt at temaet går på tvers av det formelle skillet mellom sivilprosess straffeprosess.

Jeg forutså ikke den raske utviklingen i rettspraksis som fant sted samtidig med fremdriften av oppgaven. Selv om dette har medført en del ekstra grubling og skrivearbeid, har det til gjengjeld vært spesielt spennende å følge med.

Det er liten tvil om at menneskerettighetene allerede har fått store konsekvenser for forvaltningen på flere områder, men spørsmålet er om vi bare har sett begynnelsen. Den enkelte borgers rettssikkerhet er grunnleggende i vårt samfunn. Men vi må ikke glemme at vår velferd også er avhengig av et effektivt system for å bekjempe en stadig mer utspekulert og grenseoverskridende kriminalitet, og hvor gjerningspersonene ofte er svært resurssterke og godt organisert.

April 2003

Innholdsfortegnelse

1 Innledning	1
1.1 Presentasjon av problemstillingen	1
1.1.1 Ne bis in idem – retten til ikke å bli straffet to ganger	1
1.1.2 Saker om ”dobbelstraff” i Norge	2
1.1.3 Konkurskarantene er en form for rettighetstap	3
1.1.4 Konkurskarantene og rettskraftvirkninger	4
1.1.5 Skyldnerens rettssikkerhet i konkurs	5
1.2 Avgrensninger	6
1.2.1 Prosessuelle rettssikkerhetsregler	6
1.2.2 Reglene om konkurskarantene	6
1.2.3 Andre rettsområder	6
1.3 Oversikt over fremstillingen	7
1.4 Rettskildebildet	7
1.4.1 Lovtekst	7
1.4.2 Rettspraksis	7
1.4.3 Forarbeider	8
1.5 Noen begreper	9
2 Utgangspunkter	10
2.1 Rettskraftreglene i norsk rett	10
2.1.1 Oversikt	10
2.1.2 Nærmere om negativ materiell rettskraft	11
2.2 Rettighetstap som sanksjonsform	12
2.2.1 Sanksjonenes ulike formål	12
2.2.2 Rettighetstap som sivil reaksjon	13
2.2.3 Rettighetstap som er straff	14
2.3 Økonomisk kriminalitet - konkurs og konkursskriminalitet	15
2.4 Konkurs og konkursbobehandlingen	17
2.4.1 Generelt	17
2.4.2 Aktørene i konkursbobehandlingen	17
2.4.3 Bostyrers oppgaver	18
2.4.4 Konkursdebitors opplysningsplikt	18
2.4.5 Bostyrers innberetning til retten	19
2.5 Ordningen i andre land	19
2.5.1 Innledning	19
2.5.2 Sverige	19
2.5.3 Danmark	20

2.5.4	Frankrike	21
2.5.5	Storbritannia	21
2.6	Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)	21
2.6.1	Generelt	21
2.6.2	EMDs håndheving av menneskerettighetene	22
2.6.3	Nasjonal håndheving av menneskerettigheter – de lege lata	24
2.6.4	Håndheving de lege ferenda – et verdispørsmål	26
3	Reglene om konkurskarantene	28
3.1	Historikk	28
3.2	Formålet med konkurskaranteneinstituttet	28
3.3	Omfanget av konkurskarantenekjennelser	29
3.4	De materielle reglene om konkurskarantene	30
3.4.1	Hvem som kan settes i konkurskarantene	30
3.4.2	Vilkårene for å kunne settes i karantene	31
3.4.3	Rettens skjønnsutøvelse	32
3.4.4	Bevisbyrde og beviskrav	33
3.4.5	Hva innebærer karantenen - rettsvirkningene	34
3.5	Saksbehandlingen	35
3.5.1	Generelt	35
3.5.2	Partsforholdet	35
3.5.3	Forholdet til den øvrige bobehandlingen	36
3.6	Straff for brudd på karantenen	36
3.7	Registrering i konkursregistret	37
4	Reglene om forbud mot dobbel straffeforfølgning	38
4.1	Flere tolkningsspørsmål	38
4.2	Bestemmelsens forhistorie og begrunnelse	39
4.3	Oversikt over rettspraksis	39
4.3.1	Avgjørelser i konvensjonsorganene	39
4.3.2	Avgjørelse i Høyesterett	44
4.4	Tolkning av straffebegrepet	46
4.4.1	Problemstillingen	46
4.4.2	Relevante rettskildefaktorer	48
4.4.3	Egne vurderinger	55
4.4.4	Metode og kriterier for fastleggelsen av straffebegrepet	59
4.5	Kravet til samme lovbrudd - identitetsspørsmålet	61
4.6	Kravet til gjentatt forfølgning	62
4.7	Avgjørelser som ikke innebærer frifinnelse eller domfellelse	64

5 Konkurskarantene og rettskraftreglenes vilkår	65
5.1 Oversikt over vilkårene	65
5.2 Om konkurskarantene er straff etter EMK	65
5.2.1 Utgangspunkt	65
5.2.2 Nasjonal klassifikasjon	67
5.2.3 Momenter i tilknytning til lovbruddet	69
5.2.4 Momenter tilknyttet sanksjonen	71
5.2.5 Saksbehandlingen	87
5.2.6 Reelle hensyn	89
5.2.7 Hvorvidt norske domstoler bør utvikle EMK	96
5.2.8 Sammendrag av tolkningen av straffebegrepet	97
5.3 Identitetsspørsmålet	99
5.4 Kravet om gjentatt forfølgning	100
5.5 Forholdet til de norske rettskraftreglene	102
5.5.1 Generelt	102
5.5.2 Konkurskarantene ilegges etter straffedommen	103
5.5.3 Konkurskarantene ilegges før straffedommen.	105
5.5.4 Litispendensvirkninger	107
6 Rettskraftreglenes virkninger	109
6.1 Innledning	109
6.2 Konsekvenser for saksbehandlingen	109
6.2.1 Forbud mot ny sak i retten	109
6.2.2 I strid med forbudet å reise tiltale	110
6.2.3 Etterforskningsstadiet	110
6.2.4 Straffesaken og konkurskarantene må gjelde samme person	110
6.3 Konsekvenser for avsluttede saker i strid med P7 art. 4 nr 1	111
6.4 Hvordan tilpasse lovgivningen og/eller saksbehandlingen	114
6.4.1 Innledning	114
6.4.2 Påtalemyndigheten må tidlig ta stilling til etterforskningen	114
6.4.3 Konkurskarantene ilegges etter straffeprosessuelle regler.	116
6.4.4 Endring av vilkårene for konkurskarantene	116
6.4.5 Konkurskarantene som midlertidig tiltak	116
6.4.6 Bostyrer kan overta deler av etterforskningen	118
7 Kilder	121
7.1 Lovregister	121
7.2 Konvensjoner og utenlandske lover	122
7.3 Lovforarbeider og offentlige utredninger m.v.	123
7.3.1 Forarbeider m.v. til konkursloven	123
7.3.2 Forarbeider m.v. til prosesslovgivningen	123

7.3.3	Øvrige forarbeider m.v.	123
7.4	Domsregister	124
7.4.1	Avgjørelser fra norske domstoler	124
7.4.2	Den europeiske menneskerettsdomstolen	125
7.5	Juridisk litteratur og andre kilder	126
8	Vedlegg	A
8.1	Vedlegg 1	A
8.2	Vedlegg 2	A

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstillingen

1.1.1 Ne bis in idem – retten til ikke å bli straffet to ganger

Ne bis in idem er den latinske betegnelsen på prinsippet om at en rettskraftig avgjørelse stenger for å fremme en ny sak. Direkte oversatt betyr uttrykket ”ikke to ganger for det samme”.¹ Prinsippet er nedfelt i norsk prosessrett, jf straffeprosessloven § 51 første ledd og i tvistemålsloven § 163 første ledd.

I internasjonal rett er prinsippet nedfelt i Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) og FNs erklæring om sivile og politiske rettigheter (SP). Prinsippet utgjør en av flere prosessuelle rettssikkerhetsgarantier innenfor gruppen sivile og politiske menneskerettigheter. Individets rettssikkerhet i forhold til statsmakten tilhører de grunnleggende eller såkalt førstegenerasjons menneskerettigheter.

Problemstillingen i de saker som hittil har vært behandlet i domstolene, er at domfelte både er ilagt en *sivilrettslig reaksjon* og en *straffereaksjon* for samme forhold i to forskjellige prosesser.² Som jeg kommer tilbake nedenfor, er utgangspunktet og den store hovedregelen ved anvendelsen av de norske rettskraftreglene, at sivile saker og straffesaker følger hvert sitt selvstendige spor. Dette innebærer at reglene om den enkelte avgjørelsens negative materielle rettskraft ikke gjelder på tvers av det formelle skillet mellom sivile saker og straffesaker.

I EMK er forbudet mot dobbel straffeforfølgning nedfelt i syvende tilleggsprotokoll (P7) art. 4 nr 1. Denne protokollen ble ratifisert av Norge 25. oktober 1988. Den tilsvarende bestemmelsen i SP er nedfelt i art. 14 nr 7.

Ved ratifikasjonen av SP i 1970, tok Norge forbehold om denne bestemmelsen av hensyn til våre regler om gjenopptagelse. Denne bestemmelsen er derfor ikke bindende for Norge.

¹ Møse 2002, side 390.

² Bortsett fra i Rt 2002 side 1271, som gjaldt inndragning etter strl § 35. Inndragning er formelt sett ikke straff, men behandles etter straffeprosessuelle regler.

Ved Stortingets ratifikasjon av sjette, syvende og åttende tilleggsprotokoll til EMK, oppstod ikke de samme problemene i forhold til norsk rett, fordi art. 4 nr 2 regulerer forholdet til gjenopptakelse i intern rett.³ Begge konvensjonene er inkorporert i norsk rett ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr 30, og forbudet mot dobbel straffeforfølgning i EMK supplerer rettskraftreglene i norsk prosessrett.

1.1.2 Saker om "dobbelstraff" i Norge

Den 3. mai 2002 avsa Høyesterett i plenum tre sentrale avgjørelser vedrørende norsk rett og internasjonal rett på menneskerettighetenes område. Den første av disse avgjørelsene fastslår at en sak om ordinær tilleggsskatt etter ligningsloven er å anse som en straffesiktelse etter EMK art. 6 nr 1. De to andre fastslår at det er i strid med forbudet mot dobbel straffeforfølgning i EMK å ilegge forhøyd tilleggsskatt og straff for samme forhold. Det "dobbeltsporede" sanksjonssystem ved skattesvik, som har vært praktisert i Norge siden begynnelsen av 1900-tallet, må som følge av dette legges om.

Også på trygderettens område har denne bestemmelsen medført endringer i rettspraksis. I kjennelse avsagt 28. februar i år, har Høyesterett slått fast at vedtak om utestengning fra rett til ytelser etter folketrygdlovens kapittel 4 om dagpenger under arbeidsløshet, forhindrer etterfølgende straffesak om det forhold som begrunner utestengningen.

Disse avgjørelsene innebærer omfattende og til dels dramatiske endringer for norsk rett. De har ført til at spørsmålet om dobbel straffeforfølgning nå tas opp på en rekke områder der det både ilegges sivile reaksjoner og straffereaksjoner for samme forhold. I tillegg til sakene om tilleggsskatt og utestengning fra dagpenger, har Høyesterett hittil behandlet midlertidig beslag av førerkort, inndragning av førerkort, inndragning av gjenstand som har vært brukt i en straffbar handling, gebyr for trikkensniking, forvaring og forelegg for overtredelse av drukkenskapsloven. Ingen av disse har medførte brudd på forbudet mot dobbel straffeforfølgning. Jeg kommer tilbake til disse avgjørelsene nedenfor i kapittel 4.

³ St. prp nr 6 (1987-88), side 5.

Høyesterett har nylig også behandlet begjæring om gjenopptakelse av straffesak i forbindelse med dobbeltstraffspørsmålet. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 6.3.

Saker om konkurskarantene i forhold til dobbeltstraffspørsmålet er hittil bare behandlet i lagmannsretten. Tre av disse er påkjært og tatt inn til Høyesterett og berammet til september 2003.

Til tross for de mange avgjørelsene i Høyesterett det siste året når det gjelder denne bestemmelsen, synes det ennå uklart hvilke konsekvenser bestemmelsen har på flere områder av vårt rettssystem. Først og fremst skyldes dette at det formelle skillet mellom sivile saker og straffesaker i norsk rett, ikke er avgjørende for hva som er å anse som en straffesak etter EMK bestemmelsen. Men heller ikke innenfor EMK systemet er denne grensen avklart. Et annet problem er at bestemmelsen er relativ ny i EMK, og Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) har hittil bare behandlet enkelte sider av bestemmelsen. Men det som kanskje skaper mest usikkerhet generelt ved anvendelsen av EMK bestemmelsene, er at rettighetene stadig endrer seg i takt med utviklingen i samfunnet, jf nærmere om dynamisk tolkning i kapittel 2.6.2.1. Flere reaksjoner som tradisjonelt har vært sivilrettslige, blir klassifisert som straffereaksjoner etter konvensjonen.

1.1.3 Konkurskarantene er en form for rettighetstap

Konkurskarantene innebærer at en person som har vært innblandet i en konkurs, for en viss periode forbys å stifte eller påta seg bestemte posisjoner i et selskap. I tillegg kan vedkommende under visse vilkår bli fradømt eksisterende verv i et selskap. Reglene om konkurskarantene er tatt inn i et eget kapittel (XVIII) i lov om gjeldsforhandlinger og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr 58.

Konkurskarantene er en form for rettighetstap som i juridisk forstand ikke er straff.⁴ Det er imidlertid vesentlige likhetspunkter mellom denne reaksjonen og reglene om rettighetstap i straffelovens § 29, og det kan spørres om konkurskarantene i realiteten må anses som straff. På den annen side har det i strafferetten lenge vært en debatt om hvorvidt rettighetstap etter straffeloven fortsatt bør være straff. Dette fordi denne

⁴ NOU 1992:23, side 181. Straffelovkommisjonen nevner konkurskarantene sammen med inndragning av førerkort som praktiske eksempler på rettighetstap som ikke er straff.

reaksjonsformen ikke først og fremst tar sikte på å straffe, men å hindre den straffedømte i å foreta visse handlinger eller å utøve en bestemt virksomhet.⁵

Konkurskarantene kan også sammenlignes med inndragning av førerkort, som ikke er straff etter straffeloven. Reelt sett er dette egentlig tap av retten til å føre motorvogn, og her har debatten vært om hvorvidt dette bør behandles som et ledd i straffesaken og avgjøres av domstolen.⁶

1.1.4 Konkurskarantene og rettskraftvirkninger

Det hender ofte at det i forbindelse med behandlingen av et konkursbo avdekkes ulike former for økonomisk kriminalitet. Det kan blant annet være brudd på reglene om forbrytelser i gjeldsforhold m.m. i straffelovens kapittel 27, eller det kan være brudd på ulike regler i spesiallovgivningen, for eksempel aksjeloven eller skattebetalingsloven.

Det er påtalemyndigheten som eventuelt reiser tiltale og begjærer konkursdebitor straffet etter de strafferettslige reglene. Uavhengig av straffesaken, har i praksis retten⁷ stått fritt til å ilegge konkursdebitor konkurskarantene etter de spesielle prosessuelle regler som gjelder for dette. Det kan også tenkes at straffesaken er tatt opp til doms, og tiltalte har blitt frikjent på grunnlag av manglende bevis. Det er ingen holdepunkter verken i konkursloven eller forarbeidene til denne som tilsier at retten er avskåret fra å ilegge konkurskarantene i et slikt tilfelle. Rettslig sett er dette mulig ettersom kravene til bevis er mindre enn i straffesaken.

Bortsett fra at konkurskarantene av og til blir vektlagt som et straffeutmålingsmoment i en senere straffesak, har de norske rettskraftreglene vært praktisert på den måten at skifterettens behandling av konkurskarantenesaken og rettens behandling av straffesaken har vært uavhengige av hverandre. Spørsmålet er om dette er i strid med forbudet mot dobbel straffeforfølgning i EMK. Mer presist er det et spørsmål om påtalemyndigheten kan reise straffesak når mistenkte først er ilagt konkurskarantene for det samme forhold, eller om retten kan ilegge konkurskarantene når det tidligere er reist straffesak mot vedkommende for det samme forholdet.

⁵ NOU 1992:23 side 181.

⁶ Høringsnotat fra Justis- og politidepartementet 26. september 2002.

I praksis kan det være snakk om både dobbelt straff og dobbel straffeforfølgning, eller bare dobbel straffeforfølgning, dersom vedkommende frifinnes i den ene eller begge prosessene.

1.1.5 Skyldnerens rettssikkerhet i konkurs

Den stilling en skyldner får under konkurs reiser flere rettssikkerhetsspørsmål. Generelt kan det sies at innenfor konkurslovens system, har skyldneren vesentlig svakere partsrettigheter enn det en tiltalt har i straffeprosessen. Det kan for eksempel reises spørsmål om forbudet mot selvinkriminering⁸ er ivaretatt, når skyldneren har opplysningsplikt ovenfor bostyret, og bostyret har plikt til å bistå påtalemyndigheten i etterforskningen av straffbare forhold i konkurs.

Den kritikken som har vært reist mot konkursskaranteneinstituttet har i første rekke vært at det er et misforhold mellom inngrepets alvorlige rettsvirkninger og de saksbehandlingsregler som gjelder. Det har i praksis vært anført at de minstegarantiene menneskerettighetene oppstiller for straffesaker, blant annet retten til kontradiksjon, ikke blir ivaretatt under skifterettens behandling av saker om konkursskarantene.⁹ Det kan også spørres om retten til uskyldspresumpsjon i art. 6. nr 2 er ivaretatt, når en sivil domstol skal treffe en avgjørelse om en konkursskyldner med ”skjellig grunn” kan mistenkes for en straffbar handling.

I et videre perspektiv er det rettssikkerhet i grensefeltet mellom konkursretten og strafferetten som er tema for denne avhandlingen, og følgende sitat er en god beskrivelse på de spesielle rettssikkerhetsspørsmål konkursreglene reiser:

”I den strafferettslige kulturen er effektivitetshensynet i betydelig grad underordnet hensynet til siktedes rettssikkerhet. Men når en konkursdebitor mistenkes for straffbare forhold, møtes svært ulike rettsområder; strafferett og konkursrett, og i den konkursrettslige kulturen er hensynet til debtors rettssikkerhet så å si uten betydning.”¹⁰

⁷ Tidligere ”skifteretten”, jf kapittel 2.4.2, note 28.

⁸ Jf ordlyden i SP art. 14 nr 3 bokstav g) - EMD har innfortolket en tilsvarende bestemmelse i EMK art. 6.

⁹ Se for eksempel Rt. 1996 side 591, som omtales i kapittel 5.2.1.

¹⁰ Eskeland 1994, side 232.

1.2 Avgrensninger

1.2.1 Prosessuelle rettssikkerhetsregler

Den sentrale bestemmelsen i EMK når det gjelder individets rettssikkerhet er art. 6 nr 1 om retten til en rettferdig rettergang i sivile- og straffesaker. I tillegg kan nevnes kravet til lovhjemmel for å straffe i art. 7.

Det er bare rettskraftbestemmelsen i EMK P7 art. 4 nr 1 som er tema for denne avhandlingen. Men som jeg kommer tilbake til senere, er det en sammenheng mellom denne bestemmelsen og de øvrige rettssikkerhetsreglene i EMK når det gjelder avgrensningen av straffebegrepet. Det blir derfor trukket linjer til blant annet art. 6 og art. 7.

Det følger av menneskerettsloven § 2 at det kun er konvensjonene ”i den utstrekning de er bindende for Norge”, som gjelder som norsk lov. Ettersom Norge tok forbehold vedrørende SP art. 14 nr 7, vil jeg konsentrere meg om EMK bestemmelsen.

Bestemmelsen i EMK P7 art. 4 nr 1 reiser kompliserte tolkningsspørsmål, og rettskildebildet er fortsatt uklart og til dels inkonsekvent. Jeg har derfor valgt å gi en relativ bred fremstilling av denne bestemmelsen, selv om dette medfører at jeg på enkelte punkter beveger meg utenfor det som er helt nødvendig i forhold til reglene om konkurskarantene.

1.2.2 Reglene om konkurskarantene

Reglene om konkurskarantene i konkurslovens kapittel XVIII reiser ulike tolkningsspørsmål, både prosessuelt og materielt. I denne avhandlingen blir det gitt en oversikt over reglene, men ikke alle tolkningsspørsmålene vil bli gjenstand for en rettslig vurdering. Hovedvekten er lagt på de problemstillingene som kan være relevante i forhold til spørsmålet om dobbel straffeforfølgning.

1.2.3 Andre rettsområder

Ettersom verken Høyesterett eller EMD har tatt stilling til om konkurskarantene er omfattet av P7 art. 4 nr 1, er det nødvendig å undersøke de rettskilder som omhandler de andre saksområdene hvor forbudet mot dobbel straffeforfølgning er behandlet. Disse kildene kan gi bidrag til rettsspørsmålet både i form av generelle rettssetninger, men også belyse forskjeller og likheter mellom saksforholdene.

1.3 Oversikt over fremstillingen

Hovedproblemstillingen som reises i denne avhandlingen er kompleks i flere retninger. Temaet konkurskarantene omfatter både offentligrettslige og privatrettslige regler; konkursrett, skifterett, sivilprosess, straffeprosess og strafferett. Når forholdet til menneskerettighetene bringes på banen, har vi i tillegg å gjøre med to ulike rettssystemer, norsk rett og internasjonal rett (folkeretten). Som en tilnærming og introduksjon til det konkrete rettsspørsmålet, presenterer jeg derfor noe bakgrunnsstoff i kapittel 2.

Kapittel 3 er i sin helhet viet konkurskarantenereglene. I kapittel 4 foretar jeg en tolkning i vid forstand for å fastlegge innholdet i bestemmelsen om forbud mot dobbel straffeforfølgning i EMK. I kapittel 5 undersøker jeg konkret om konkurskarantene er omfattet av bestemmelsens vilkår, og trekker deretter linjer til de norske rettskraftreglene. I kapittel 6 forutsetter jeg at konkurskarantene er omfattet av P7 art. 4 nr 1 og redegjør for rettsvirkningene. I tillegg avslutter jeg med noen synspunkter på samarbeidet mellom bostyrer og politiet ved etterforskning av straffbare forhold i konkurs.

1.4 Rettskildebildet

1.4.1 Lovtekst

Lovteksten er utgangspunktet for rettsanvendelsen, og rettsavgjørelsens materielle rettskraft er for straffesaker regulert i strpl § 51, og for sivile saker tvml § 163. Disse reglene må suppleres med EMK bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1. En eventuell konflikt mellom norske rettsregler og de internasjonale menneskerettighetsreglene reguleres av menneskerettsloven § 3.

Metodemessig har reglene om konkurskarantene i konkurslovens kapittel XVIII i denne sammenheng en annen status enn rettskraftreglene. De er ikke utgangspunktet for lovtolkningen, men blir en sentral rettskildefaktor i spørsmålet om denne type tiltak er omfattet av rettskraftreglens vilkår.

1.4.2 Rettspraksis

Som nevnt foreligger det p.t. ingen rettspraksis fra Høyesterett eller EMD som tar opp spørsmålet om konkurskarantene er omfattet av P7 art. 4 nr 1. Men de avgjørelser som

foreligger om dobbeltstraffbestemmelsen på andre rettsområder, kan være relevante tolkningsfaktorer, i den grad de gir retningslinjer utover det konkrete rettsspørsmålet som er behandlet.

1.4.3 Forarbeider

Verken forarbeidene til de norske rettskraftreglene i prosesslovgivningen eller til konkursloven tar opp forholdet til konkursskarantene og straff. Lovgiver har heller ikke vurdert konkursskarantene i forhold til EMK P7 art. 4 nr 1 eller de andre rettssikkerhetsbestemmelser i EMK. En forklaring på dette er nok at reglene først ved menneskerettsloven av 1999 har fått fokus rettet mot seg. Ved vedtagelsen av 7. tilleggsprotokoll i 1987, slår Stortinget fast at bestemmelsen i art. 4 ikke reiser noen problemer for norsk rett.¹¹

Heller ikke for de underproblemstillingene menneskerettsloven § 3 reiser, får forarbeidene særlig betydning. Dette skyldes at Høyesterett, gjennom sine plenumsavgjørelser, langt på vei har avklart rekkevidden av denne bestemmelsen, se nærmere om dette nedenfor i kapittel 2.6.3.

Imidlertid kan forarbeidene få betydning når det gjelder den rettspolitiske begrunnelsen og det formål de aktuelle bestemmelsene er ment å fremme. Dette gjelder både for rettskraftreglene i EMK og for konkursskaranteneinstituttet. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, står formålet med bestemmelsene sentralt i det konkrete rettsspørsmålet som her skal drøftes.¹²

Når det gjelder reglene i P7 art. 4 nr 1, er det for tilleggsprotokollene til EMK utarbeidet såkalte *Explanatory reports*. De er utarbeidet av en ekspertkomité for menneskerettigheter og fremlagt for Europarådets ministerkomité. Det følger av innledningen til disse rapportene, at de ikke inneholder noen bindende autoritativ fortolkning, men kan gi bidrag til forståelse av konvensjonsteksten.

¹¹ St.prp. nr 6 (1987-88) side 5.

¹² Jf kildeoversikten i kapittel 7.3.1 når gjelder forarbeider og etterarbeider til konkursskarantene-reglene.

1.5 Noen begreper

For enkelthetsskyld har jeg latt begrepet *sivile reaksjoner* omfatte alle typer offentlige reaksjoner som ikke er straff etter straffeloven, herunder administrative reaksjoner som ilegges av forvaltningsorganer, og som eventuelt blir gjenstand for domstolskontroll i en sivilrettslig rettergang.

Begrepet *dobbeltstraff* er ikke helt presist fordi bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1 også er et forbud mot dobbel straffeforfølgning. Men begrepet er nå innarbeidet i teori og praksis. I det videre henviser jeg til P7 art. 4 nr 1 ved å benytte begrepene *dobbeltstraff*, *dobbel straffeforfølgning* og *rettskraftreglene i EMK* om hverandre.

2 Utgangspunkter

2.1 Rettskraftreglene i norsk rett

2.1.1 Oversikt

Med rettskraft menes den bindende virkning en rettslig avgjørelse har for det saksforhold saken gjelder. At et saksforhold ikke tidligere er rettskraftig avgjort, er én av flere prosessuelle forutsetninger for å kunne reise sivil søksmål eller straffesak for domstolene.

Det skilles mellom formell og materiell rettskraft. Formell rettskraft har med anvendelse av rettsmidlene å gjøre. Når avgjørelsen ikke lenger kan angripes med ordinære rettsmidler, er den formelt rettskraftig. Det er da bare reglene om gjenopptakelse som kan benyttes for å få saken opp på nytt for domstolen.¹³

Materiell rettskraft gjelder avgjørelsens innhold, og har en positiv og en negativ side. Den positive siden av rettskraften består i at avgjørelsen skal legges til grunn i andre saker mellom partene. I sivile saker skal for eksempel en avgjørelse om eiendomsrett legges til grunn i en senere sak om erstatning. Et annet eksempel er at en straffedom skal legges til grunn i en senere sivil sak mot domfelte om inndragning av førerkort etter vegtrafikkloven (vtrl) § 33 nr. 1.

Den negative siden av materiell rettskraft er hovedtema i denne avhandlingen, og innebærer at det ikke kan reises ny sak om et krav som er endelig avgjort i en rettskraftig avgjørelse. I norsk rett følger dette av strpl § 51 første ledd og tvml § 163 første ledd. Dersom det reises ny sak om samme forhold, før den første saken formelt er rettskraftig, skal den også avvises. Dette følger av reglene om litispendens, jf tvml § 64.¹⁴

Reglene om rettskraft og litispendens er absolutte prosessforutsetninger. Det innebærer at retten, av eget tiltak, skal avvise en sak som er rettskraftig avgjort eller hvor det

¹³ Tilsvarende i EMK, Jf P7 art. 4 nr 2 som innebærer at gjenopptakelse utgjør et unntak fra forbudet om dobbel straffeforfølgning.

foreligger litispendens. Dersom saken allikevel blir pådømt, er dette en absolutt opphevelsesgrunn, jf strpl § 343 og tvml § 384. Hvis siktede er frifunnet, beskytter avvisningsreglene ham mot ny tiltale for samme forhold. Er han blitt domfelt, beskytter reglene ham mot at det blir anlagt ny sak med påstand om strengere straff. Er tiltalte for eksempel dømt til bot eller fengsel, kan ikke påtalemyndigheten reise ny sak med påstand om rettighetstap etter strl § 29.¹⁵

Reglene om gjenopptakelse utgjør et unntak fra rettskraftreglene. Det må sondres mellom gjenopptakelse av en sak som er rettskraftig avgjort, jf strpl § 389 flg og tvml § 405 flg, og påtalemyndighetens adgang til å gjenoppta en innstilt forfølgning, eller en sak hvor det tidligere er gitt påtaleunntakelse, jf strpl § 74.

Tiltalte har krav på frifinnelsesdom dersom saken frafalles etter at hovedforhandlingene er påbegynt, jf strpl § 73 første ledd. Kravet er da avgjort ved dom, og ringen er sluttet. Når formell rettskraft er inntrådt, kan det ikke reises ny sak om samme forhold, med mindre vilkårene for gjenopptakelse foreligger.

2.1.2 Nærmere om negativ materiell rettskraft

Den negative materielle rettskraftvirkningen har to sider. For det første er det et spørsmål om hva som er *samme forhold*. Når en gjerningsperson ved en handling begår flere lovbrudd kalles dette ulikartet idealkonkurrens. I norsk rett er det for eksempel antatt at uaktsomt drap ved bruk av motorvogn etter straffelovens § 239, rettslig sett er et *annet forhold* når handlingen subsumeres under vtrl § 3, jf Rt. 1980 side 360.¹⁶

Begrunnelsen for dette er at bestemmelsene beskytter ulike interesser, og det henvises ofte til ”interesselæren”. Straffelovens bestemmelse om uaktsomt drap skal verne om liv, legeme og helbred. Vegtrafikklovens bestemmelse har som formål å skape trygghet og orden i trafikken. Idealkonkurrens må avgrenses mot sammensatte forbrytelser hvor det ene lovbruddet konsumerer det andre, for eksempel grovt tyveri og tyveri etter

¹⁴ Dette gjelder også for straffesaker, selv om det ikke er uttrykkelig regulert i straffeprosessloven, jf Andenæs 2000, side 424.

¹⁵ Andenæs 2000, side 427.

¹⁶ Avgjørelsen gjaldt identitetsspørsmålet vedrørende strpl § 342 annet ledd, men det er antatt i teorien at denne avgjørelsen også gjelder for straffedommers rettskraft, jf, Andenæs 2000, side 427, og HR 2002-01258, avsnitt 11.

strl §§ 258 og 257. Denne grensedragningen har vært et sentralt spørsmål i EMDs tolkning av P7 art. 4 nr 1, jf kapittel 4.5.

Den andre siden av rettskraftsspørsmålet, og som utgjør kjernen i denne avhandlingens problemstilling, er spørsmålet om hva som ligger i at *et krav* er rettskraftig avgjort.

Verken straffeprosessloven eller tvistemålsloven gir svar på dette. Spørsmålet er om strpl § 51 første ledd bare gjelder de krav som er definert som straff etter strl §§ 15 og 16, slik at en rettskraftig avgjørelse om en av straffelovens straffer tillater en ny sak om en annen sanksjon, som faller utenfor definisjonen av straff. Dette er ikke uttømmende behandlet i norsk rettspraksis. Jeg viser for øvrig til kapittel 5.5 hvor jeg behandler konkurskarantene i forhold til de norske rettskraftreglene.

2.2 Rettighetstap som sanksjonsform

2.2.1 Sanksjonenes ulike formål

De sivile reaksjonsformene utgjør en stor og uensartet gruppe. De mest vanlige er ulike former for avgifter og gebyrer, samt tap av retten til å drive ulike næringer og virksomheter.

For å karakterisere en bestemt sanksjonstype, er det etter min oppfatning nødvendig å ta utgangspunkt i sanksjonens formål sett fra et adferdsregulerende styringsperspektiv. Systematisk kan de ulike sanksjonstypene inndeles i kategoriene straff, erstatning og ulike typer administrative reaksjoner. En slik inndeling bidrar til å synliggjøre at de ulike formene har forskjellig rettspolitisk begrunnelse. Mens straff tradisjonelt har hatt et *pønalt formål*, dvs. ”den bevisste tilføyelse av et onde”,¹⁷ har erstatning tradisjonelt vært begrunnet med et *gjenopprettelsesformål*. Administrative reaksjoner som gebyrer og avgifter bygger også på et erstatningssynspunkt.

Grensen mellom de ulike sanksjonsformenes formål har etter hvert blitt mer flytende, og den allmennpreventive virkningen har blitt mer fremtredende for både straff, erstatning og de forskjellige administrative reaksjonene.

I norsk rett har vi både rettighetstap som er straff og rettighetstap som ikke er straff. I begge tilfellene er formålet først og fremst å beskytte borgerne for farer og skader av

¹⁷ Andenæs 1997, side 63.

den uønskede virksomheten. Det henvises gjerne i den anledning til at reaksjonen har et *samfunnsbeskyttende formål*.

2.2.2 Rettighetstap som sivil reaksjon

I de yrker der det er et krav om bevilling eller autorisasjon, er en fradømmelse av retten til å praktisere et administrativt rettighetstap etter forvaltningsrettslig lovgivning.

Eksempler på dette finnes i spesiallovene, blant annet tap av retten til å drive som advokat, statsautorisert eiendomsmegler, autorisert regnskapsfører og statsautorisert revisor. For å drive serveringssted må den ansvarlige ha serveringsbevilling, og denne kan tilbakekalles av kommunen ved brudd på aktuell lovgivning.

Ulike private foreninger kan også i medhold av foreningens vedtekter utøve til dels inngripende beføyelser ovenfor medlemmene, for eksempel eksklusjon som reaksjon på kritikkverdige forhold. Men dette faller utenfor EMK, fordi den retter seg mot staten som ansvarssubjekt.¹⁸

Ileggelsen av rettighetstap skjer på ulike måter for de forskjellige yrkesgruppene. Felles for disse er at rettigheten til å drive den særlige virksomhetsformen først er gitt av det offentlige i form av tillatelse, bevilling etc. etter nærmere lovbestemte vilkår. Det overordnede hensyn som ligger bak en slik offentlig regulering av visse virksomheter er samfunnsbeskyttelse. Den som har blitt ilagt rettighetstap har rett til å få prøvet saken for en domstol etter reglene om domstolenes kontroll av forvaltningsvedtak.

Innenfor flere yrkesgrupper med krav om bevilling, faller bevillingen bort automatisk dersom bevillingshaver går konkurs, jf for eksempel serveringsbevilling etter serveringslovens § 23.

Dersom yrkesutøveren har gjort seg skyldig i en straffbar handling, suppleres reglene om administrative rettighetstap av reglene om rettighetstap i straffelovens § 29. På den måten har vi et dobbeltsporet system som innebærer at et straffbart forhold kan bli gjenstand for en rettslig behandling både i en straffesak og i en sivil sak. Slike dobbeltsporede system finnes på en rekke forvaltningsområder, for eksempel ved at en person kan ilegges både forvaltningsrettslige avgifter og rettighetstap i en sivil sak, og i tillegg straffes med bøter eller fengsel i en straffesak.

¹⁸ Aall 1995, side 467.

Tre viktige sondringer må gjøres når det gjelder rettighetstap som ikke er straff. For det første må det et skilles ut de tilfeller der vedkommende av medisinske grunner ikke er egnet til å forsette sin virksomhet. Det er intet å bebreide vedkommende og vi er klart utenfor denne avhandlingens tema. Et eksempel på dette er inndragning av førerkort etter vtrl § 34.

På den andre siden har vi de tilfeller der rettighetstapet skyldes klanderverdig opptreden, vedkommende har for eksempel krenket de regler som gjelder for virksomheten. Det kan for eksempel være så alvorlig som at advokaten eller eiendomsmegleren bevisst har underslått klientens midler. Men det kan også være at vedkommende uaktsomt har unnlatt å følge de spesielle regnskapsregler som gjelder for slik virksomhet, for eksempel blandet klientmidler og driftsmidler på samme bankkonto, uten at dette har medført tap for tredjemann.¹⁹

Det andre skille må gjøres i forhold til om rettighetstapet foretas som en obligatorisk følge av en straffbar handling, eller om forvaltningsmyndigheten skal foreta en skjønnsmessig vurdering om hvorvidt forholdet kvalifiserer til inndragning av bevillingen. Inndragning av førerkort på grunn av promillekjøring skjer obligatorisk, jf vtrl § 33 nr 2. Tilbakekalling av advokatbevilling skjer etter en individuell vurdering, jf domstolloven § 230.

Det tredje skillet går mellom rettighetstap som besluttet for et bestemt tidsrom etter en straffedom, og der rettighetstapet blir ilagt midlertidig i påvente av at et forhold blir nærmere avklart. Som illustrasjon kan nevnes inndragning av førerkort etter vtrl § 33 nr 1 og førerkortbeslag etter vtrl § 33 nr. 5.

2.2.3 Rettighetstap som er straff

Strafferettslig rettighetstap er først og fremst regulert i strl § 29, og er straff i juridisk forstand, jf strl § 15 annet ledd. Rettighetstap er hovedstraff, og kan idømmes som eneste straff for et lovbrudd, med mindre minstestrafen er minst ett års fengsel, jf § 15 tredje ledd. Reaksjonen er omfattet av domskravet i Grunnlovens § 96 og skal behandles etter de straffeprosessuelle regler, jf strpl 1.

¹⁹ Jf Advokatforskriften kapittel 3.

Rettighetstap har sin historiske opprinnelse i æresstraffene som ble avviklet med kriminalloven av 1842. Bestemmelsens nåværende utforming ble gitt ved en endringslov i 1953.

Det er i denne sammenheng verdt å merke seg at det i Straffelovkomisjonens innstilling fra 1896 fremgår at formålet med bestemmelsen om rettighetstap ikke først og fremst er å tilføye den domfelte et onde, ”men alene at hindre ham fra at innta Stillinger og udøve Rettigheder eller Næringsveie, som han ved Forbrydelsen har vist sig uskikket til”.²⁰

2.3 Økonomisk kriminalitet - konkurs og konkurskriminalitet

Økonomisk kriminalitet er ikke et juridisk avgrenset begrep, men brukes om en del forbrytelser som begås i forbindelse med økonomisk virksomhet som i seg selv er lovlig. Eksempler på dette kan være bedrageri, skatteunndragelse, brudd på regnskapsreglene, børssvindel og konkursforbrytelser.²¹

Et særtrekk ved økonomisk kriminalitet er at den ofte består av komplekse lovbrudd, som er svært ressurskrevende å avdekke, og som krever tverrfaglig kompetanse. Ettersom lovbruddene begås innenfor en virksomhet som i seg selv er, eller gir seg ut for å være lovlig, er det lettere å skjule slik kriminalitet enn det som er tilfellet med for eksempel tradisjonell vinnings- og voldskriminalitet.²²

Regjeringen har som målsetting å holde den løpende innsatsen mot økonomisk kriminalitet på et høyt prioritert nivå.²³

Det er en rekke handlinger i tilknytning til næringsvirksomhet som er mer eller mindre samfunnsskadelig uten at de gjennom lovgivningen er straffbare. Det er etablert flere offentlige kontrollorganer for å føre tilsyn med at de regler som gjelder for de ulike næringer etterleves. Eksempler på dette er Skattedirektoratet, Kredittilsynet og Statens forurensningstilsyn. I tillegg til at slike organer har kompetanse til å sanksjonere

²⁰ Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov, side 45.

²¹ Andenæs 1996, side 2.

²² Eskeland 1994, side 136.

²³ Regjeringens handlingsplan mot økonomisk kriminalitet 2000, del I, kapittel 1.

lovbrudd med tilleggsavgifter, inndragning av ulike bevillinger etc., utgjør de en viktig funksjon når det gjelder å avdekke og anmelde straffbare forhold til påtalemyndigheten.

Konkurser skjuler ofte kriminalitet, og begrepet *konkurskriminalitet* brukes gjerne om økonomisk kriminalitet som avdekkes eller som begås i forbindelse med konkurs. De alvorligste former for konkurskriminalitet har ofte som målsetting å holde virksomhetens eiendeler utenfor kreditorenes rekkevidde.

I praksis kan konkurskriminalitet knytte seg til mange forskjellige straffebestemmelser, alt fra reglene i straffelovens kapittel 27 om forbrytelser i gjeldsforhold til straffebestemmelser i regnskaps-, skatte og avgiftslovgivningen.

En undersøkelse foretatt av Norges Forskningsråd viser at mistanker om konkurskriminalitet oppstår i to av tre næringslivskonkurser, og i ca 25 % av næringslivskonkursene blir konkurskriminalitet bevist og straffet.²⁴ Den samme undersøkelsen viser at brudd på regnskapsloven er det lovbruddet det oftest oppstår mistanker om, og som personer involvert i konkurs oftest blir straffet for.²⁵

Uriktige eller manglende regnskaper kan være alvorlig av flere grunner. For det første er en riktig og fullstendig regnskapsførsel en forutsetning for å holde oversikt over selskapets økonomiske situasjon. For det andre er det regnskapene som danner grunnlaget for den vurdering av selskapet som blir utført av finansieringsselskaper og andre kreditorer. Den kanskje viktigste konsekvensen fra et strafferettslig synspunkt er at manglende eller mangelfulle regnskaper kan skjule andre økonomiske forbrytelser. Som eksempel kan nevnes private uttak som er holdt unna kreditorene, underslag av midler, hvitvasking av penger, omsetning av tjuvgods, bestikkelser (korrupsjon) og svart arbeid.

Samfunnets kostnader ved konkurskriminalitet er store, og særlig utgjør de såkalte konkursrytterne et stort og alvorlig problem. Disse finnes innenfor en rekke bransjer, og byggebransjen, renholdsbransjen og restaurantbransjen er ofte representert. Det forekommer også andre misligheter i forbindelse med konkurs ved siden av konkurskriminalitet. Med dette siktes til kritikkverdige forhold som ikke nødvendigvis

²⁴ Langli 2001, side 22.

²⁵ Langli 2001, side 23.

omfattes av noen strafferegler, men som rammes av sivilrettslige regler, for eksempel reglene om omstøtelse og erstatning. I praksis vil imidlertid slike misligheter ofte også være straffbare. I 1994 ble det uttalt at på grunn av den stigning i antall konkurser vi har sett de siste årene, har konkursskriminalitet blitt ett av de største områdene innenfor økonomisk kriminalitet.²⁶ Med konkurssstatistikken for 2002 og første kvartal i 2003 er dette blitt ytterligere forsterket, jf oversikten nedenfor i kapittel 3.3.

Til tross for dette er det allikevel viktig å holde fast ved at en konkurser i seg selv ikke nødvendigvis betyr at konkursdebitor har opptrådt klanderverdig eller straffbart. Samfunnet må akseptere at en del virksomheter ikke alltid er økonomisk vellykkede og ender i konkurser.

2.4 Konkurs og konkursbehandling

2.4.1 Generelt

I motsetning til utlegg og tvangsfullbyrdelse som er enkeltforfølgning av gjeld, er konkurser en felles- eller kollektiv gjeldsforfølgning. Andre former for kollektiv gjeldsforfølgning er tvangsakkord og gjeldsforhandling. Rettsreglene for kollektiv gjeldsforfølgning deles systematisk i to hovedgrupper; saksbehandlingsregler og materielle regler. De materielle reglene er hovedsakelig regulert i dekningsloven. Saksbehandlingsreglene er lovfestet i konkurserloven, og mens lovens første del regulerer gjeldsforhandlinger, omfatter annen del konkursbehandling.

2.4.2 Aktørene i konkursbehandling

Konkursdebitor, *konkursskyldner* eller bare *skyldner* er den som går personlig konkurser, eller betegnelsen på den sammenslutning som går konkurser. *Fordringshaver* eller *kreditor* er den som har krav mot skyldneren når boet åpnes.

Kreditorfellesskapet kalles den gruppen av personer og selskap som har krav på skyldneren. Når denne gruppen møtes under ledelse av tingretten, kalles den *skiftesamling*, jf kkl §§ 92-95. Eventuelt oppnevnes et *kreditorutvalg* som skal representere kreditorfellesskapet, jf kkl § 83.

²⁶ Eskeland 1994, side 28.

Når konkurs er åpnet, jf kkl § 72, utgjør skyldnerens eiendeler et *konkursbo*, og det inntreffer en rekke rettsvirkninger for skyldneren, jf § 100 flg. Kreditorne har nå krav i konkursboet, og skal ikke lenger forholde seg til skyldneren. Et selskap eller sammenslutning som går konkurs oppløses ved konkursåpningen.

Bostyrer er som regel en advokat som blir oppnevnt av skifteretten når den har avsagt kjennelse om konkursåpning, jf. § 77. Sammen med *kreditorutvalget* utgjør dette *bostyret*, jf § 83 annet ledd. Bostyrer representerer boet utad, men har begrenset beslutningskompetanse, jf §§ 85 tredje ledd. Det kan også oppnevnes en *revisor* for boet som skal kontrollere regnskapene til den konkursrammede skyldneren, samt revidere boets regnskap, jf kkl § 90.

Det er *tingretten* som behandler konkurssaker, jf kkl § 145.²⁷ *Påtalemyndigheten* får først en rolle i konkurs dersom det er mistanke om straffbare handlinger.

2.4.3 Bostyrers oppgaver

Bostyrers primære oppgave er å ivareta fordringshavernes felles interesser. Dette innebærer først og fremst å skaffe oversikt og eventuelt foreta salg av eiendelene, og innkreve eventuelle utestående fordringer, med det formål å skaffe kreditorne best mulig dekning av sine krav. Men bostyrer skal også ivareta bredere interesseområder, blant annet arbeidstakere og spesielle samfunnsinteresser, jf kkl § 85 første ledd. Dette kan for eksempel være hensynet til å forebygge konkursskriminalitet. Imidlertid fremgår det av bestemmelsen at dette er sekundære hensyn, jf ”så langt det er forenlig med [fordringshavernes interesser]”. Men bestemmelsen i kkl § 122a pålegger bostyrer og borevisor en informasjons- og bistandsplikt overfor påtalemyndigheten og Kredittilsynet med hensyn til mulige straffbare forhold i forbindelse med konkursen.

2.4.4 Konkursdebitors opplysningsplikt

En viktig del av bostyrets arbeidsmateriale er skyldnerens regnskaper, arkiver og korrespondanse m.m. som kan gi oversikt over den økonomiske status. Derfor har

²⁷ Frem til 1. januar 2003 har det vært skifteretten som treffer avgjørelse om konkurssakene. Ved lov om endring av rettergangslovgivningen m.m av 30. august 2002 nr 67, som trådte i kraft ved årsskiftet 2003, ble de ulike funksjonsbetegnelsene på førsteinstansdomstolene opphevet. For konkursloven har dette medført at betegnelsen ”skifteretten” er erstattet med ”tingretten”. Dette innebærer ingen realitetsendring verken for prosessformen, materielle regler eller rettens sammensetning m.v, jf Ot.prp. nr 65 (2001-02) kapittel 1.

skyldneren en plikt til å gi bostyrer ”alle opplysninger om sine økonomiske forhold og om sin forretningsførsel før og under konkursen”, jf kkl § 101. Også tingretten, som behandler konkursen, borevisor og bostyret har krav på disse opplysningene.

Bestemmelsen innebærer ikke bare en innsynsrett, men også en plikt for skyldneren til å bistå med å fremskaffe dette materialet.

2.4.5 Bostyrers innberetning til retten

Innen tre måneder etter at bostyrer er oppnevnt, skal han avgi en innberetning til tingretten. Denne skal blant annet inneholde opplysning om hvorvidt det i forbindelse med skyldnerens økonomiske virksomhet antas å foreligge forhold som kan gi grunn til straffeforfølgning, og en vurdering av om det foreligger forhold som omfattes av reglene om konkursskarantene, jf kkl § 120 første ledd nr 5 og nr 7. Denne innberetningen er et viktig dokument for påtalemyndigheten ved etterforskning av straffbare forhold.²⁸

2.5 Ordningen i andre land

2.5.1 Innledning

For dette rettsspørsmålet er det interessant å vite i hvilken grad andre stater har ordninger med rettighetstap i forbindelse med konkurs, og eventuelt hvordan disse statene formelt håndterer dette i sine rettssystemer. Språket utgjør dessverre praktiske begrensninger i muligheten for å fremskaffe opplysninger om dette.

Utvalget av stater, samt store deler av opplysningene, er basert på en gjennomgang foretatt av den svenske Näringsförbudslagutredningen.²⁹

2.5.2 Sverige

Ordningen i Sverige er en kombinasjon av automatisk konkursskarantene og rettighetstap (næringsforbud). Automatisk konkursskarantene blir bare ilagt under konkursbehandlingen når konkursdebitor er en fysisk person, og dette reguleres av konkurslagen (1987:672). Næringsforbud skjer etter en særskilt prøving som reguleres

²⁸ Økokrims skriftserie nr 1, 1990, kapittel 3.6.

²⁹ SOU 1997:123.

av en egen lov om næringsforbud (1986:436). Denne lovens §§ 1 a og 2 har særlige regler om næringsforbud for betalingsunnløstelse og konkurstilfeller, og både fysiske personer og stedfortredere for ulike selskapsformer er omfattet. Videre følger det av lovens § 8 at sak om næringsforbud i forbindelse med forbrytelser føres som straffeprosess med offentlig påtale. I tillegg er det en særlig regel i § 8 a for konkurs- og betalingsunnløstelsestilfellene, som gir skattemyndigheten rett til å begjære næringsforbud dersom den offentlige anklageren ikke påtaler forholdet. I disse tilfeller er det som hovedregel Lov om domstolsärenden (1996:242) som regulerer prosessen.

Slik jeg oppfatter denne ordningen, vil antagelig ikke problemet med dobbeltstraff oppstå. For det første skiller loven mellom næringsforbud i forbindelse med straff, og næringsforbud i forbindelse med konkurs, jf §§ 8 og 8a. Er det straffbare forhold som begrunner næringsforbudet, må saken føres som straffesak, jf § 8. Videre kan ”kronofogdemyndigheten” bare begjære næringsforbud dersom påtalemyndigheten har avstått, selv om saken gjelder misligheter i konkurs, jf henvisningen til § 2. Dette innebærer at påtalemyndigheten må ta stilling til om det foreligger straffbare forhold før det kan bli snakk om en sivilrettslig sanksjonering.

Når det gjelder automatisk konkursskarantene for fysiske personer, er dette en sanksjon som inntreffer automatisk og innebærer ingen individuell vurdering av konkursdebtors mer eller mindre klanderverdige opptreden, jf konkursslagen kapittel 6 § 1. Det er grunn til å anta at automatisk konkursskarantene og straff ikke vil være i strid med forbudet mot dobbel straffeforfølgning i EMK, jf kapittel 4.6 og 5.4.

2.5.3 Danmark

Det danske systemet for rettighetstap er langt på vei det samme som i norsk rett, men i Danmark er det ingen generell regel om næringsforbud i konkurs som tilsvarer vår konkursskarantene. For visse virksomheter, blant annet innenfor hotell- og restaurantbransjen, er det et krav om næringsbrev. I tillegg er det der - som hos oss - krav om bevilling for visse yrker, for eksempel revisorer, eiendomsmeglere m.m. Ved konkurs blir innehaveren fratatt næringsbrevet eller bevillingen automatisk, og dette skjer administrativt på samme måte som ved inndragning av bevillinger i Norge.

Den danske straffelov har også regler om ”rettighedsfortabelse”, men disse er begrenset til de som innehar særlig autorisasjon eller bevilling, jf dansk straffelov § 78. Slike saker blir behandlet som vanlige straffesaker.

2.5.4 Frankrike

Fransk rett har regler som har karakter av næringsforbud både i strafferetten og konkursretten.³⁰

Utgangspunktet er at skyldneren uforhindret kan fortsette næringsvirksomhet under akkord og konkurs, men konkursdommeren har en skjønnsmessig adgang til å ilegge et forbud, et såkalt "faillite personnelle" dersom det har forekommet grove tilsidesettelser i forbindelse med næringsvirksomheten.

2.5.5 Storbritannia

Storbritannia er ett av de landene som ikke har ratifisert syvende tilleggsprotokoll, men har regler om næringsforbud i konkurs som på flere punkter ligner vårt system.

Ordningen er todelt. For det første er det en automatisk konkursskarantene under konkursen lignende den svenske ordningen. I tillegg kan domstolen idømme direktøren for et selskap et såkalt "disqualification order" etter section 1 of the Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA). Dette er en sivilrettslig reaksjon i britisk rett.

EMD har behandlet denne ordningen i forholdet til straffebegrepet i EMK art. 6, og jeg kommer tilbake til disse avgjørelsene nedenfor i kapittel 5.

2.6 Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK)

2.6.1 Generelt

For brudd på EMK, kan både stater og individer klage til EMD, jf EMK art. 33 og 34. For at statene skal ha mulighet til å rette opp eventuelle brudd på konvensjonen, må alle nasjonale rettsmidler være uttømt før EMD kan behandle saken, jf art. 35 nr 1. EMD har kompetanse og plikt til å avvise individklager som er åpenbart grunnløse, jf art 35 nr 3. Tidligere lå denne avvisingskompetansen til Den europeiske menneskerettskommisjonen, men dette ble endret ved vedtagelsen av den 11. tilleggsprotokoll i 1998. Derfor vil de avgjørelsene som omtales i denne avhandlingen være avgitt dels av kommisjonen og dels av EMD.

³⁰ Code Pénal art. 43-2 og Décret 67-1120 22 décembre 1967, art. 106-108.

Dersom staten blir dømt for brudd på konvensjonen, er det opp til statene om saken skal gjenopptas internt, men EMD kan idømme staten erstatningsansvar, jf art. 41.

2.6.2 EMDs håndheving av menneskerettighetene

2.6.2.1 Konvensjonsteksten

Utgangspunktet for EMD ved tolkning av EMK er Wienkonvensjonen om traktater av 23. mai 1969.³¹ Det følger av konvensjonens art. 31 at bestemmelsens ordlyd er den sentrale rettskilden, og denne skal tolkes etter vanlig språklige forståelse i lys av sammenhengen og konvensjonens formål. Konvensjonens originalspråk er fransk og engelsk, og disse er autoritativt likestilte.

Hensynet til folkerettens suverenitetsprinsipp gjør at statene kun skal være bundet av det de har sluttet seg til gjennom avtalen. Men konvensjonsteksten har i mange sammenhenger et rettslig upresist innhold med vage kriterier, som gir rettsanvenderen rom for ulike tolkningsalternativer innenfor ordlyden. I folkerettslig teori opereres det med *rettssettende traktater*, som trer i stedet for lovgivning, og *kontraktstraktater*, som regulerer konkrete rettsforhold mellom partene.³² I saken *Wemhoff mot Tyskland*³³ påpeker EMD at EMK er en rettssettende konvensjon, og at det derfor er nødvendig å anvende det tolkningsresultat som i størst mulig grad ivaretar formålet.

En streng ordlydsfortolkning av hensyn til suverenitetsprinsippet må altså vike for et *effektivitetsprinsipp* som i større grad tar hensyn til konvensjonens formål; å sikre individets rettigheter i forhold til statsmaktene.

Det er på det rene at EMD anlegger en svært dynamisk tolkning av konvensjonsteksten. De krav som stilles til statene, skal tilpasses samfunnsutviklingen. Dette innebærer at stadig nye elementer blir inkludert i konvensjonsbestemmelsene, og de krav bestemmelsene stiller blir stadig skjerpet.³⁴

³¹ Jf for eksempel *Golder mot Storbritannia*, sak 4451/70, avsnitt 29.

³² Ruud 1997, side 45.

³³ Sak nr 2122/64, avsnitt 8 i tredje del.

³⁴ Ravlo 2001, side 328.

2.6.2.2 Forarbeider

Etter Wienkonvensjonens art. 32 er forarbeider til konvensjonene relevante tolkningsfaktorer, men sekundære i forhold til konvensjonsteksten. EMD har flere ganger uttalt at EMK et levende instrument som må tolkes i lys av samfunnsutviklingen og forandringer i konvensjonsstatenes rettsoppfatning. Derfor vil antagelig dette *dynamiske tolkningsprinsipp* begrense betydningen av forarbeidene. Den forståelse og rettsoppfatning som ble lagt til grunn ved konvensjonens tilblivelse, har etter mer enn 50 år endret seg. Det er uvanlig at EMD viser til forarbeidene i sine avgjørelser.³⁵

2.6.2.3 Rettspraksis

EMD legger generelt stor vekt på tidligere avgjørelser og skiller ikke mellom *ratio decidendi* og *obiter dicta*. Dette innebærer at en uttalelse om et forhold som ikke er en del av begrunnelsen, vil kunne ha like stor vekt som de uttalelser som utgjør en del av begrunnelsen.

I hvilken grad saksforholdene kan sammenlignes, og hvor generell en uttalelse blir formulert, har betydning for hvor stor rettskildevikt avgjørelsen får i en ny sak.

Er et tilsynelatende likt rettsspørsmål løst annerledes i en tidligere sak, vil gjerne EMD forsøke å sondre mellom de faktiske forhold.

2.6.2.4 Særlige tolkningsprinsipper

EMD har i kraft av sin kompetanse etter EMK art. 32, utviklet spesielle tolkningsprinsipper for anvendelsen av EMK. Et sentralt prinsipp i denne sammenheng er *autonom begreptolkning*. Dette innebærer at konvensjonens begreper tolkes likt i alle stater, uavhengig av hvilket innhold begrepet har i de nasjonale rettssystemene.

Begrunnelsen for dette prinsippet har sammenheng med konvensjonens hovedmålsetting om å etablere en enhetlig europeisk minstestandard og beskyttelsesnivå for alle konvensjonsstatene. Dette forutsetter at konvensjonen må tolkes slik at den får det samme materielle innhold for alle stater. Dette har for eksempel medført at EMD flere ganger har slått fast at statens egen sontring mellom sivile saker og straffesaker ikke er relevant for tolkningen av begrepet "straffesiktelse" i art. 6.

³⁵ Danelius 2000, side 58.

Proporsjonalitetsprinsippet, også kalt forholdsmessighetsprinsippet, er et annet viktig tolkningsprinsipp som er utviklet gjennom EMDs praksis. Dette har sammenheng med *prinsippet om statens skjønnsmargin*. I enkelte av konvensjonens bestemmelser fremkommer det eksplisitt av konvensjonsteksten at statene kan gjøre inngrep i rettighetene, jf for eksempel art. 10 nr 2 som gir statene rett til å gjøre inngrep i retten til ytringsfrihet, og hvor vilkårene for dette er angitt i konvensjonsteksten.

I saken *Saunders mot Storbritannia*³⁶, som gjaldt forbudet mot selvinkriminering i art. 6 nr 1, kan det se ut til at EMD åpner for at det også tilligger statene en viss skjønnsmargin, selv om dette ikke fremkommer eksplisitt i konvensjonsteksten. EMD uttaler at den i denne saken ikke finner det nødvendig å avgjøre hvorvidt rettigheten er absolutt, eller om det under spesielle omstendigheter kan gjøres inngrep i den, jf avsnitt 74.

Sammenhengen med *proporsjonalitetsprinsippet* fremkommer ved at dersom statene kan gjøre inngrep i rettighetene, er det et krav til forholdsmessighet mellom inngrepet og det formål inngrepet skal fremme.³⁷

2.6.3 Nasjonal håndheving av menneskerettigheter – de lege lata

Menneskerettighetenes betydning for norsk rett har vært gjenstand for en omfattende utvikling de senere år. Særlig har det skjedd viktige endringer når det gjelder hvordan norske domstoler skal håndtere motstrid mellom norske rettsregler og menneskerettsreglene. Dette spørsmålet har vært grundig behandlet både i rettspraksis og juridisk teori. Det er antagelig riktig å hevde at Høyesterett, med de siste plenumsdommene,³⁸ langt på vei har gitt en generell avklaring av dette spørsmålet når det gjelder de menneskerettsregler som er innlemmet i norsk rett. Imidlertid har dette spørsmålet, i kjølevannet av den siste tids utvikling, vært gjenstand for debatt de lege ferenda, jf neste kapittel.

Av hensyn til oppgavens omfang, vil jeg her kun gi en kort kronologisk oversikt over utviklingen, og det som må antas å være gjeldende rett.

³⁶ Sak nr 19187/91.

³⁷ Danelius 2000, side 61.

Ettersom norsk rett bygger på et dualistisk prinsipp, hadde vedtagelsen av EMK i 1953 bare den konsekvens for norsk rett, at konvensjonsbestemmelsene fikk relevans som tolkningsfaktor, med relativ vekt avhengig av styrken av de øvrige rettskildefaktorene. Enkelte rettsområder ble imidlertid gjort *sektormonistiske*, ved at det ble vedtatt bestemmelser som medførte at de enkelte lovbestemmelser var begrenset av folkeretten. Både innenfor sivilprosessen og straffeprosessen er det slike bestemmelser i henholdsvis tvml § 36 a og strpl § 4.

Gjennom rettspraksis utviklet det seg et *presumpsjonsprinsipp* som går ut på at norsk rett presumeres til å stemme med folkeretten, jf for eksempel Rt. 1984 side 1175. Dette prinsippet har fortsatt betydning for de folkerettsregler som ikke er innlemmet i norsk rett ved særskilt rettsgrunnlag, for eksempel flere av FNs spesielle menneskerettskonvensjoner. Hvor langt dette prinsippet rekker når det oppstår konflikt mellom en ikke innlemmet folkerettsregel og norske rettsregler er nok fortsatt uklart. Dette spørsmålet har også sammenheng med rekkevidden av Grl. § 110 c, som ble vedtatt i 1994.

Ved menneskerettsloven av 1999 ble EMK og to FN konvensjoner gjort til særskilt rettsgrunnlag i norsk rett på generell basis. For blant annet straffeprosessen og sivilprosessen medførte ikke dette noe prinsipielt nytt, ettersom disse rettsområdene allerede var begrenset av folkeretten.³⁹

I forbindelse med menneskerettsloven ble det også vedtatt en vektnorm, som innebærer at menneskerettsreglene etter konvensjonen ved motstrid skal gå foran norsk rett, jf lovens § 3. Hvorvidt det foreligger motstrid, vil bero på tolkning av konvensjonsteksten og den norske rettsregelen. Gir konvensjonsteksten en klar anvisning på rettsspørsmålet, er saken klar, og norske rettsregler må vike. Problemet, som er aktuelt i denne avhandlingen, er når konvensjonsteksten ikke løser spørsmålet. Denne problemstillingen har vært gjenstand for en utvikling fra et krav om at den motstridende folkerettsregelen må være ”tilstrekkelig klart og entydig”, jf Bølgepappkjennelsen i Rt. 1994 side 610 på side 616-617⁴⁰, til at Høyesterett i plenum tar avstand fra et slikt ”klarhetsprinsipp” i Rt. 2002 side 557, jf avsnitt 3.

Etter min oppfatning gir førstvoterendes uttalelse i denne saken, som også har tilslutning fra mindretallet, en hensiktsmessig anvisning på metoden i dette spørsmålet:

³⁸ Rt. 2000 side 996, Rt 2002 side 557, Rt 2002 side 497 og Rt 2002 side 509.

³⁹ Jf Plenumsavgjørelsen avsagt av Høyesterett 21/3-03, HR 2002-00769, avsnitt 53.

⁴⁰ I denne kjennelsen gjaldt det tolkning av strpl § 4.

”...norske domstoler i tilfeller hvor det er tvil om hvordan en inkorporert menneskerettskonvensjon skal forstås, må foreta en selvstendig tolkning av konvensjonen. Norske domstoler skal ved tolkingen av EMK benytte samme metode som EMD, men med den reservasjon at det i første rekke er EMD som skal utvikle konvensjonen. Dersom den tolking av en inkorporert konvensjonsbestemmelse som ut fra en slik bedømmelse har de beste grunner for seg, kommer i strid med annen norsk lovgivning, skal konvensjonsbestemmelsen gå foran, jf. menneskerettsloven §3. Når lagmannsretten har lagt til grunn at konvensjonstolkingen må være « rimelig klar » for at annen norsk lovgivning skal kunne settes til side, bygger den således på en misforståelse av Høyesteretts uttalelser i plenumsdommen fra 2000.”

2.6.4 Håndheving de lege ferenda – et verdispørsmål

Det er klare meningsforskjeller med hensyn til hvor langt Norge bør gå i tilpasningen til overnasjonale rettsordninger, og hvilken innflytelse disse bør ha over norsk rett og rettsmetode.⁴¹ På bakgrunn av dette, er spørsmålet hvilke hensyn som er aktuelle når domstolene skal håndheve menneskerettighetene. Dette spørsmålet er særlig aktuelt når EMD ikke har hatt til behandling en tilsvarende sak som foreligger for norske domstoler, og det kan være snakk om å utvide anvendelsesområdet for den aktuelle menneskerettsregelen.

Målet for norske domstoler er uansett å hindre at det blir klaget unødig til EMD, og at Norge får en fellende dom mot seg. Dette har politiske konsekvenser både internasjonalt og for tilliten til rettssystemet internt. Dette er i alle fall et argument for å komme EMD i forkjøpet, dersom man antar at EMD vil avsi en fellende dom. Men en slik rettsanvendelse har også mothensyn, og disse omtales gjerne som demokratihensynet, hensynet til vern om andre interesser og individets forutberegnelighet.

Demokratihensynet har sammenheng med at det er Stortinget med folkevalgte representanter som har lovgivningskompetanse. En EMD-kontrollert lovgivning innebærer en overstyring, som er mindre demokratisk enn den nasjonale lovgivningen.

Dette gjelder forholdet mellom norsk og internasjonal lovgivningskompetanse, men demokratihensynet gjelder også forholdet mellom de tre statsmaktene. I dommen inntatt i Rt 2000 side 996 peker førstvoterende på ”hensynet til den balanse mellom

⁴¹ Graver 2002, side 265.

lovgivningsmyndighet og domsmyndighet som vår statskikk bygger på”, jf side 1008, som argumentet mot å la norske domstoler være førende i utviklingen av konvensjonen.

Hensynet til vern om andre interesser får først og fremst betydning når den interesse menneskerettsbestemmelsen beskytter går på bekostning av en annen grunnleggende menneskerettighet, for eksempel konflikten mellom ytringsfrihet og vern mot rasistiske ytringer.

Problemstillingen i denne avhandlingen er om bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1 skal ”utvides” til å omfatte visse typer administrative eller sivile sanksjoner, noe som gir et sterkere rettssikkerhetsvern for tiltalte i en straffesak. Generelt kan det nok hevdes at en styrket ivaretagelse av den enkeltes rettssikkerhet begrenser effektiviteten i strafferettspleien, og dermed medfører en svekket samfunnsbeskyttelse. Men dette innebærer allikevel ikke noe direkte inngrep i andre borgers individuelle menneskerettigheter.

Hensynet til forutberegnelighet har sammenheng med at en stadig utvidelse av menneskerettsvernet vil gjøre rettssystemet mindre forutsigbart. Mot dette kan det hevdes at forutberegnelighet ikke er noe problem når det er til borgernes fordel. Men på sikt kan det skape uberettigede forventninger, som igjen kan ha negative konsekvenser for den enkelte borger.

3 Reglene om konkurskarantene

3.1 Historikk

Aksjeloven av 1957 hadde i § 48 første ledd, 2. pkt en bestemmelse om at den som var under konkursbehandling ikke kunne være styremedlem eller forretningsfører i et aksjeselskap. I aksjeloven av 4. juni 1976 nr 59 ble disse reglene videreført i reglene om konkurskarantene i §§ 13-19 og 13-20. I motsetning til dagens regler, hadde disse reglene en ordning med automatisk konkurskarantene. Imidlertid var det anledning til å søke dispensasjon, forutsatt at det ikke forelå mistanke om straffbare forhold. Dersom karantenen skulle innebære en fradømmelse av eksisterende verv, var vilkåret at skyldneren med skjellig grunn kunne mistenkes for et straffbart forhold.

Ved revisjon av aksjeloven i 1980 var det et sentralt spørsmål om karantenereglene skulle videreføres, og de ble gjenstand for en bred drøftelse.⁴² De ble foreslått flyttet fra aksjeloven til konkursloven, blant annet fordi det da ble anledning til å utvide reglenes rekkevidde til andre selskapsformer enn aksjeselskap.

Dette forslaget ble ikke fulgt opp, men reglene ble vurdert på nytt i 1982.⁴³ Det ble da foreslått å gå bort fra den automatiske karanteneordningen og innføre en regel om individuell prøving for nye verv. Reglenes nåværende utforming i konkursloven bygger stort sett på dette lovforslaget som ble vedtatt i 1985.

3.2 Formålet med konkurskaranteneinstituttet

Som jeg kommer nærmere tilbake til, er ikke konkurskarantene obligatorisk selv om vilkårene er oppfylt. Når retten skal vurdere om konkurskarantene bør ilegges i den konkrete saken, vil formålet være et av flere momenter i en slik vurdering. Et sentralt spørsmål i denne avhandlingen er om konkurskarantene er en strafferettslig reaksjon. I den vurderingen er hensikten bak tiltaket et sentralt moment.

I Justisdepartementets utredning fremgår det at formålet med konkurskarantene er ”å holde visse personer som har vært innblandet i en tidligere konkurs (enten personlig

⁴² Ot.prp nr 50 (1980-81), side 50.

⁴³ Ot.prp nr 39 (1982-83).

eller ved deltagelsen i ledelsen av et konkursrammet aksjeselskap, borte fra stiftelsen og ledelsen av andre aksjeselskap i en periode (to år).” Videre i proposisjonen fremgår det at reglene gir ”bedre muligheter for å stoppe såkalte ’konkursgjengangere’.” Disse kjennetegnes ved at de, etter å ha vært innblandet i en eller flere konkurser, stifter nytt selskap og fortsetter som forretningsdrivende inntil også det nye selskapet går over ende.⁴⁴

Justiskomiteen slutter seg til dette formålet, men mener reglene også vil ”bidra til å skjerpe styremedlemmers og andres aktsomhetsplikt.”⁴⁵

Konkurskarantene kommer i tillegg til andre mulige reaksjoner på klanderverdig opptreden i forbindelse med konkurs. Dette kan være straffeansvar etter straffelovens bestemmelser og spesielle straffebud i annen lovgivning, erstatningsansvar etter alminnelig erstatningsregler, og tap av bevilling etter spesiallovgivningen. Omstøtelsesreglene i konkurslovens kapittel 5 kan også betraktes som en slik reaksjon.

3.3 Omfanget av konkurskarantenekjennelser

Ilagte konkurskarantener har siden 1991 blitt registrert i Brønnøysundregistrene. Det var 710 personer med løpende konkurskarantener ved utløpet av 2002.⁴⁶

Konkurskaranteneregistret og Konkursregistret⁴⁷ viser følgende tall for perioden 1991–2002:⁴⁸

År	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Konkurser	4926	5749	5158	3634	3500	3440	3289	3319	3224	3562	3547	4445
Karantener	655	850	691	501	514	499	442	417	368	382	393	376

Antall åpnete konkurser og registrerte nye konkurskarantener 1991-2002

⁴⁴ Ot.prp nr 50 (1980-81), side 50.

⁴⁵ Innst.O nr 56 (1983-84) side 10.

⁴⁶ Kilde: Brønnøysundregistret.

⁴⁷ Det ble foretatt en endring i registreringsordningen pr. 1. sept. 1993.

⁴⁸ Kilde: Perioden 1991-93: Statistisk sentralbyrå, historisk statistikk, tabell 8.8.2. Perioden 1994-01: Statistisk Årbok 2002, tabell 573. Perioden 2002: Brønnøysundregistrene, Konkursregistret.

Tabellen viser et forholdsvis stabilt antall karantener på mellom 10 og 15 % av konkursåpningene frem til 2001. Men det er en markerte relative nedgangen i 2002. I forhold til antall konkursåpninger er det bare ilagt ca 8 % karantener dette året. Karantene ilegges i tid etter konkursåpning. Det vil derfor regelmessig være et etterslep i forholdet mellom ilagte karantener og antall konkursåpninger. I følge en ny kvartalsstatistikk fra Konkursregistret, er det i første kvartal 2003 ilagt 110 nye karantener mot 85 i samme periode i fjor. Dette utgjør en økning på ca 30 %. I samme periode økte antall konkurser med 39 % i forhold til i fjor. Det er for tidlig å si om antall karantener i forhold til antall konkurser er på vei nedover.

3.4 De materielle reglene om konkurskarantene

3.4.1 Hvem som kan settes i konkurskarantene

Hvem som kan settes i konkurskarantene er for det første ”den hvis bo er tatt under konkursbehandling”, jf kkl § 142 første ledd. Dette omfatter alle fysiske personer som går personlig konkurs. Når et selskap går konkurs, må bestemmelsens sjette ledd samholdes med de selskapsformer som uttømmende er oppregnet i femte ledd. Personkretsen utvides til å omfatte den som har innehatt vervet som styremedlem, varamedlem, daglig leder, evt. administrerende direktør i det konkursrammede selskapet. I tillegg følger det av sjette ledd nr 1 at også en fullt ansvarlig leder i et ansvarlig selskap eller kommandittselskap er omfattet. Alle som har hatt slike posisjoner som nevnt i sjette ledd det siste året før konkursåpningen, kan settes i karantene.

I tillegg til at konkurs åpnes på grunnlag av insolvens etter kkl § 60, omfatter reglene også ansvarlige i tvangsoppløsningsbo, jf aksjelovens § 16-18.

At bestemmelsen ikke bare gjelder den som formelt innehar de nevnte posisjoner, men også omfatter den reelle utøver av vervene, er for å hindre omgåelser ved såkalt stråmannsvirksomhet.⁴⁹

⁴⁹ Ot.prp. nr 50 (1980-81) side 125.

3.4.2 Vilkårene for å kunne settes i karantene

Det følger av kkl § 142 første ledd at det er to alternative vilkår for å sette en konkursskyldner i karantene, jf ”eller” i lovteksten. Dette innebærer at det er tilstrekkelig at det ene vilkåret er oppfylt. Forenklet fremstilt forutsetter det første alternative vilkåret i nr 1 en strafferettslig vurdering. Det andre vilkåret i nr 2 gir anvisning på en vurdering av vedkommendes skikkethet.

For at vilkåret i nr 1 skal være oppfylt må det være snakk om en straffbar handling ”i forbindelse med konkursen eller den virksomhet som har ført til insolvensen”. Hva som ligger i dette uttrykket er ikke helt klart, men det kan neppe trekkes noen slutning av denne formuleringen at det må være årsakssammenheng mellom insolvensen og den straffbare handlingen.

Konkursrådet har uttalt at det anser de forhold som omfattes av kkl § 120 første ledd nr 5, som gjelder bostyrers innberetning til skifteretten, også omfattes av konkursskarantenebestemmelsene.⁵⁰

Eksempler på lovbrudd etter denne bestemmelsen kan etter Konkursrådets oppfatning være:

- Omfattende forurensning - strl § 152 b
- Innførsel/omsetning av narkotika - strl § 162
- Falsk forklaring til skifteretten eller bostyret - strl § 166
- Dokumentfalsk - strl kap. 18
- Underslag, - strl § 255 ev. § 256
- Økonomisk utroskap - strl § 275 ev. 276
- Bedrageri - strl § 270 ev. 271
- Forsikringsbedrageri - strl § 272
- Spredning av uriktige/villedende opplysninger for å påvirke priser, kurser mv - strl § 273

⁵⁰ Anbefaling vedtatt av Konkursrådet 13. juni 1997, sist oppdatert 19. februar 2000 ”Behandling av straffbare forhold begått i forbindelse med konkurs”.

- Uriktige opplysninger til investorer, selskapets organer, offentlig myndighet mv, - strl § 274 første og annet ledd
- Skadeverk - strl § 291, ev. § 292
- Industrispionasje - strl § 294
- Heleri (herunder hvitvasking) - strl § 317
- Ulovlig innførsel av varer - tolloven kap. 10
- Overtredelser av merverdiavgiftloven § 72
- Overtredelser av ligningsloven kap. 12
- Overtredelser av skattebetalingsloven § 51
- Overtredelser av aksjelovgivningen, eksempelvis aksjeloven/allmenaksjeloven §§ 8-7 til 8-11 (ulovlig lån m.v. i selskapet).

For avhandlingens problemstilling er det her tilstrekkelig å fastslå at konkurskarantene etter vilkåret i nr 1, ilegges som en reaksjon på en nærmere avgrenset gruppe straffbare handlinger, og jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på denne avgrensningen.

Et viktig forhold er at vilkåret om straffbar handling ikke bare gjelder objektiv overtredelse. Alle straffbarhetsvilkårene må foreligge.⁵¹ Dette innebærer at selv om konkursdebitor har oppfylt den objektive gjerningsbeskrivelsen i en straffebestemmelse, kan han ikke ilegges karantene etter dette alternativet, dersom han ikke har utvist forsett, eller uaktsomhet der dette er tilstrekkelig.

Det andre alternative vilkåret i første ledd nr 2, har to kumulative undervilkår. For det første må det foreligge "uforsvarlig forretningsførsel", og for det andre må dette ha medført at skyldneren er "uskikket" å drive forretning i selskapsform. I formuleringen "på grunn av" ligger det et krav om årsakssammenheng mellom den uforsvarlige forretningsførselen og uskikketheten. Dette alternativet krever ikke at det må foreligge subjektiv skyld, jf Rt. 1987 side 719.

3.4.3 Rettens skjønnsutøvelse

Det er ingen plikt for retten å ilegge konkurskarantene selv om vilkårene i det første eller andre alternativet er oppfylt, jf "kan" i bestemmelsens første ledd, første setning.

Retningslinjene for denne skjønnsutøvelsen er gitt i bestemmelsens annet ledd, og som gjelder for begge de alternative vilkårene i første ledd. Det ”skal” legges vekt på ”skyldnerens handlemåte” og ”forholdene for øvrig” i vurderingen om det er ”rimelig” å sette ham i karantene.

I Justiskomiteen innstilling heter det at det i denne forbindelse må tas hensyn til at den utvidede karantene er en strengere reaksjon enn den ordinære.⁵² Dette kan tyde på at det i rimelighetsvurderingen må avgjøres om det er forholdsmessighet mellom handlingen og reaksjonen.

3.4.4 Bevisbyrde og beviskrav

Med bevisbyrde mener jeg hvem av partene som må godtgjøre at et bestemt faktum foreligger. Med beviskrav mener jeg reglene om hvor stor grad av sannsynlighet som skal til for å legge et bestemt faktum til grunn, og hvordan man skal løse eventuell tvil om faktum.

Bevisbyrden følger hovedprinsippet om at det er den som begjærer karantene som har bevisbyrden for å bevise de faktiske forhold som kan begrunne en illeggelse av konkurskarantene. De opprinnelige reglene i aksjeloven om automatisk karantene, hadde såkalt omvendt bevisbyrde, ved at det var skyldneren som måtte godtgjøre at det forelå omstendigheter som kunne føre til fritak for karantene.

Når det gjelder beviskravet for illeggelse av karantene etter vilkåret i nr 1, er spørsmålet hva som kreves for ”skjellig grunn til mistanke”. Dette er det samme uttrykket som brukes i straffeprosesslovens regler om tvangsmidler, for eksempel som grunnvilkår for pågripelse etter § 171. Verken denne loven eller konkursloven gir noen nærmere beskrivelse av dette kravet. Antagelig må dette uttrykket forstås på samme måte som i straffeprosessloven, dvs. krav om sannsynlighetsovervekt (mer enn 50 %).

Det som imidlertid er klart er at det ikke kreves noen strafferettslig skyldkonstatering; at skyld er bevist utover enhver rimelig tvil, for å kunne ilegge konkurskarantene.

⁵¹ Ot.prp. nr 50 (1980-81) side 126.

⁵² Innst.O. nr 56 (1983-84), side 17.

I det andre alternative vilkåret er lovens krav at det ”må antas at vedkommende” er uskikket til å inneha de bestemte vervene. I følge forarbeidene innebærer dette at det må kreves en ”forholdsvis betydelig sannsynlighetsovervekt før karantene kan ilegges”, og dette må vurderes opp mot begge undervilkårene.⁵³

Ut fra språkbruken i disse bestemmelsene, kan det se ut til at det kreves større grad av sannsynlighet for å fastslå at en person er uskikket til å drive forretningsvirksomhet, enn å konstatere at vedkommende har begått en straffbar handling. Det er ikke holdepunkter i forarbeidene på at denne forskjellen i beviskravene er vurdert av lovgiver.

3.4.5 Hva innebærer karantenen - rettsvirkningene

Reglene anviser to alternative former for karantene. Den minst inngripende reaksjonen følger av bestemmelsens tredje ledd, og går ut på at skyldneren ikke kan stifte et nytt selskap i den form som er omfattet av femte ledd, eller påta seg slike verv som nevnt i sjette ledd nr 2.

En såkalt utvidet karantene er det hjemmel for å ilegge etter fjerde ledd, dersom det første alternative vilkåret om straffbar handling er oppfylt. Mens den ordinære karantenen etter tredje ledd er obligatorisk, er dette en *kan-regel* som innebærer at den utvidede karantene er valgfri for retten. Den kan ikke ilegges alene, men utelukkende sammen med forbudet mot å påta seg fremtidige verv. Dette er en strengere reaksjon, som innebærer at skyldneren, i tillegg til forbudet mot å gå inn i nye verv, blir fratatt eksisterende verv.

Det *rettighetstap* konkurskarantenen innebærer, omfatter ikke passivt eierskap eller oppstart og drift av personlig næringsvirksomhet som ikke drives i selskapsform. Det er antatt at ubegrenset ansvar i de fleste tilfeller innebærer bedre sikkerhet for kreditorene, og hensynet til beskyttelsen av disse gjør seg ikke gjeldende på samme måte som for selskap med begrenset ansvar.⁵⁴

Tidsrammen for begge reaksjonene er to år, som etter hovedregelen løper fra konkursåpningen. Men retten kan bestemme at den skal løpe fra det tidspunkt retten treffer sin avgjørelse, jfr. § 142 tredje ledd. Begrunnelsen for denne adgangen er at det

⁵³ Ot.prp. nr 39 (1982-83), side 8.

har vist seg at det ofte tar lang tid å avdekke de forhold som kan begrunne en konkurskarantene, og at dette i praksis spiser opp to-års perioden.

Det er ikke holdepunkter for at det ligger noe fleksibilitet i forhold til tidsrammen. Enten to års karantene fra det ene eller det andre tidspunktet eller ikke karantene.

Et unntak fra dette følger av § 143 annet ledd, annen setning. Dersom påtalemyndigheten begjærer det, kan retten bestemme at karantene skal forlenges inntil det foreligger rettskraftig dom i en straffesak hvor påtalemyndigheten overveier å nedlegge påstand om rettighetstap etter strl § 29.

3.5 Saksbehandlingen

3.5.1 Generelt

Beslutningen om konkurskarantene treffes av den tingrett som behandler eller har behandlet konkursboet, og beslutningsformen er kjennelse, jf kkl § 143 første ledd.

Rettens saksbehandling i slike saker er regulert i kkl § 149. Vanligvis treffer retten avgjørelsen på grunnlag av bostyrets innberetning og eventuelle kommentarer fra skyldneren, men den kan også ta opp spørsmålet av eget tiltak.⁵⁵ Rettens kjennelse vedrørende konkurskarantene kan påkjæres, jf kkl § 152 annet ledd. Kjennelsen har rettsvirkning fra den er avsagt, og ikke fra den er rettskraftig, men kjæremålet kan gis oppsettende virkning, jf kkl § 143 tredje ledd.

3.5.2 Partsforholdet

Det følger av kkl § 143 annet ledd at foruten konkursboet har også påtalemyndigheten rett, men ingen plikt, til å opptre som part. Hva som nærmere ligger i partsrettighetene i slike saker er ikke helt klart, og Høyesterett har hatt spørsmålet til behandling flere ganger.⁵⁶

Konkursboer fikk partsrettigheter ved lovendring i 1990 etter forslag fra Riksadvokaten. Dette ble ansett å være en praktisk løsning, siden det på dette behandlingstrinnet

⁵⁴ Ot.prp. nr 50 (1980-81) side 122.

⁵⁵ Ot.prp. nr 39 (1982-83) side 6.

⁵⁶ Jf for eksempel Rt. 1992 side 152, Rt. 1992 side 553, Rt. 1997 side 1255.

normalt vil være bostyret som er best kjent med de faktiske forhold som kan begrunne karantene. I tillegg mente Justisdepartementet dette ville bidra til å effektivisere karanteneordningen.⁵⁷ Det fremgår av et rundskriv fra Justisdepartementet at boet ikke automatisk blir part i saken. Videre heter det i rundskrivet at ”etter departementets mening gjør ikke boet seg til part i konkurskarantenesaken ved å anbefale karantene i innberetningen.”⁵⁸

Bestemmelsen om påtalemyndighetens partsrettigheter fulgte med fra de opprinnelige reglene i aksjeloven av 1976. Bestemmelsen i paragrafens annet punktum, om rett til å begjære forlengelse av karantenen, kom først inn ved de nye reglene i konkursloven.

3.5.3 Forholdet til den øvrige bobehandlingen

Verken i loven eller forarbeidene sies det noe om hvorvidt konkurskarantene kan ilegges etter at bobehandlingen er avsluttet. Høyesteretts kjæremålsutvalg har imidlertid behandlet dette spørsmålet i to kjennelser. I Rt 1991 side 1216 kom kjæremålsutvalget til at det ikke ut fra kkl § 145, jf § 142 kunne slutes at adgangen til å beslutte konkurskarantene opphører når bobehandlingen er endelig avsluttet. I Rt. 1992 side 553 ble det vist til denne kjennelsen, men kjæremålsutvalget tar ikke stilling til hvor lang tid det kan gå. I den konkrete saken ble konkurskarantene besluttet av skifteretten av eget tiltak, ett år og en måned etter at boet var besluttet innstilt. Det fremgår ikke av kjennelsen hvorfor skifteretten brukte så lang tid.

3.6 Straff for brudd på karantenen

Forsettlig eller uaktsom overtredelse av konkurskarantenekjennelsen straffes etter straffebudet i kkl § 143 a, som er plassert i samme kapittel som de øvrige reglene om konkurskarantene. Øvre strafferamme er fengsel i fire måneder eller bøter.

Bestemmelsen er først og fremst ment å ha et individualpreventivt formål.⁵⁹

Høyesterett har uttalt at brudd på kkl § 143 a ”tilsier en følbar reaksjon”, jf Rt. 1995 side 658.

⁵⁷ Ot.prp. nr 7 (1989-90), side 10.

⁵⁸ Rundskriv G77/90 datert 20. april 1990.

⁵⁹ Schonhowd 2001, side 110.

3.7 Registrering i konkursregistret

I 1991 ble det opprettet et EDB basert *konkurskaranteneregister*. Intensjonen bak opprettelsen var å styrke håndhevingen av konkurskarantenereglene.⁶⁰

I 1993 ble *Konkursregistret* opprettet som et hjelpemiddel i kampen mot økonomisk kriminalitet.⁶¹ Konkurskarantener inngår nå i dette registret, jf kkl § 144 annet ledd. For øvrig er det verdt å merke seg at § 144 første ledd gir hjemmel for at det kan registreres opplysninger fra bostyrets innberetning, men ”med unntak for opplysninger om mistanke om straffbare forhold.” Begrunnelsen for dette unntaket er i følge forarbeidene hensynet til personvernet.⁶²

Registreringen innehar et automatisk varslingssystem som sørger for å stanse registreringen av meldinger til Foretaksregisteret, dersom meldingen inneholder opplysninger som indikerer brudd på karantenen.⁶³

Konkurslovutvalget, som undersøkte bruken av karanteneinstituttet før registreringsordningen tok til, påpekte i sin utredning at det hadde vært en markert økning av ilagte karantener etter at registreringsordningen var innført. De uttaler også at de anser at innføringen av karantenen i et allment tilgjengelig konkursregister, gjør reaksjonen langt mer infamerende enn tidligere.⁶⁴

⁶⁰ Ot.prp.nr 7 (1989-90) side 9.

⁶¹ Ot.prp.nr 22 (1992-93), side 1-2.

⁶² Ot.prp.nr 22 (1992-93) side 5.

⁶³ Forskrifter om konkursregistret, JD 1993-08-23-824.

⁶⁴ NOU 1993:16, side 85 og 87.

4 Reglene om forbud mot dobbel straffeforfølgning

4.1 Flere tolkningsspørsmål

Den engelske originalversjonen av EMK P7 art. 4 har overskriften: ”Right not to be tried or punished twice”, og bestemmelsens nr 1 lyder slik:

No one shall be liable to be tried or punished again in criminal proceedings under the jurisdiction of the same State for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.

Den norske oversettelsen har følgende ordlyd:

Ingen skal kunne bli stilt for retten eller straffet på ny i en straffesak under den samme stats domsmyndighet, for en straffbar handling som han allerede er blitt endelig frikjent eller domfelt for i samsvar med loven og rettergangsordningen i straffesaker i denne stat.

Bestemmelsen forbyr både dobbel straff og dobbel straffeforfølgning innenfor samme stat. Konvensjonsorganenes praksis vedrørende denne bestemmelsen viser at den reiser omfattende og kompliserte tolkningsspørsmål. Det samme inntrykk gir de avgjørelser som foreligger fra norske domstoler.

De tolkningsspørsmål som synes å ha vært mest fremme i praksis og teori kan sammenfattes som følger:

- a. Avgrensningen av straffebegrepet mot sivile saker. Herunder betydningen av rekkefølgen på sanksjonene. (Kapittel 4.4).
- b. Identitetsspørsmålet, dvs. krav om at det gjelder det samme lovbruddet, jf ”[...] for an offence for which he has already been finally acquitted or convicted [...]” (Kapittel 4.5).
- c. Krav om gjentatt forfølgning, jf begrepet ”again”, og som også har en side til formell rettskraft, jf begrepet ”finally”. (Kapittel 4.6).
- d. Spørsmålet om avgjørelsene må gå ut på domfellelse eller frifinnelse, jf ”acquitted or convicted”. (Kapittel 4.7).

Det grunnleggende spørsmålet for i det hele tatt å vurdere spørsmålet om dobbel straffeforfølgning, er om det er dreier seg om det samme lovbruddet, jf bokstav b. Men i forhold til reglene om konkursskarantene, er det tolkning av straffebegrepet som utgjør kjernen i problemstillingen, og hovedvekten er lagt på dette.

4.2 Bestemmelsens forhistorie og begrunnelse

Det følger av innledningen til *Explanatory report* at den syvende tilleggsprotokoll ble opprettet for å inkludere de reglene i FN konvensjonen (SP) som hittil ikke hadde vært omfattet av EMK. I teorien har det vært diskutert om et visst vern mot dobbel straffeforfølgning kan innfortolkes i art. 6 nr 1 om rettferdig rettergang.⁶⁵

Bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1 bygger på den nesten likelydende art. 14 nr 7 i SP. I Den amerikanske menneskerettskonvensjonen (AMK) er prinsippet fastslått i art. 8 (4), som kalles *the Double Jeopardy Clause*.

Formålet med P7 art. 4 nr 1 er å forby gjentakelse av en straffeprosess som er endelig avsluttet, jf blant annet i Fisher-saken, avsnitt 22.⁶⁶ Bestemmelsen skal gi beskyttelse mot den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning for den som allerede er straffesanksjonert fra samfunnets side ved en endelig avgjørelse.⁶⁷ Dette har sammenheng med hensynet til individets sikkerhet og forutberegnelighet. Den som er involvert i en prosess, skal på et gitt tidspunkt kunne innrette seg på at saken er ferdig og endelig avgjort.

4.3 Oversikt over rettspraksis

4.3.1 Avgjørelser i konvensjonsorganene

Dobbeltstraffbestemmelsen er relativt ny i EMK sammenheng, og det er flere land som ikke har ratifisert syvende tilleggsprotokoll, blant annet Storbritannia, Belgia, Tyskland, Nederland, Polen, Portugal og Spania. Dette innebærer at konvensjonsorganenes praksis vedrørende denne bestemmelsen er relativt sparsom.⁶⁸ Det ser ikke ut til at det er behandlet et saksforhold som kan sammenlignes med denne avhandlingens problemstilling.⁶⁹

⁶⁵ Møse 2002, side 390.

⁶⁶ Sak nr 37950/97.

⁶⁷ Jf Rt. 2002 side 557 på side 568.

⁶⁸ Dette er basert på et søk i EMDs database "HUDOC" som viser i underkant av 90 avgjørelser.

⁶⁹ Ca 40 % av avgjørelsene er kun publisert på fransk, og på grunn av manglende språkkunnskaper, har jeg ikke hatt anledning til å gjennomgå disse.

Jeg gir her en oversikt over de mest sentrale avgjørelsene:

I saken *Gradinger mot Østerrike*⁷⁰ hadde klageren forårsaket en trafikkulykke hvor en syklist ble drept. Han ble først dømt for uaktsom kjøring med døden til følge, og ilagt en strafferettslig bot med subsidiær fengselsstraff. Retten konkluderer med at alkoholkonsentrasjonen ikke var så høy at hans handling ble rammet av straffelovens bestemmelse om uaktsomt drap under påvirkning av alkohol. To måneder senere ble han av et forvaltningsorgan ilagt en ny bot med subsidiær fengselsstraff etter veitrafikkreglene for det samme forholdet. Dette fordi det da forelå en ny medisinsk rapport som på basis av tidsforløpet fra ulykken til avleggelse av blodprøven, tilsa en høyere alkoholkonsentrasjon. EMD kom til at den administrative bøteleggelsen var strafferettslig etter art. 6, og fant at artikkelen var krenket fordi domstolen i Østerrike ikke hadde full prøvingsrett. Videre ble det konstatert brudd på P7 art. 4 nr 1, fordi Gradinger på nytt måtte svare for anklagen om kjøring under påvirkning av alkohol.

EMD fremhever i sin avgjørelse at selv om de to reaksjonene var forskjellige både i utforming, karakter og formål, samt at trafikkbestemmelsen bare representerte et aspekt av straffebestemmelsen, var begge reaksjonene basert på den samme adferd.

Spørsmålet i den neste saken EMD tok inn til behandling var også knyttet til brudd på trafikklovgivningen, jf saken *Oliveira mot Sveits*.⁷¹ Oliveira mistet kontrollen over bilen på islagt føre, og forårsaket trafikkulykke med alvorlig skade på den andre føreren. Hun ble først ilagt en administrativ bot for ikke å ha innrettet kjøringen etter veiforholdene. Om lag halvannet år senere ble hun dømt for uaktsomt å ha forvoldt skade på person som følge av kjøringen. Boten hun ble ilagt for dette, ble fratrasket beløpet for den første boten.

Her kom EMD til at det ikke forelå brudd på bestemmelsen. Den mener at saken representerer et typisk eksempel på idealkonkurrens, ved at en handling utgjør flere forskjellige lovbrudd.⁷² I slike saker vil som regel den laveste straffen bli absorbert av den høyeste, jf avsnitt 26. EMD mener dette ikke er i strid med P7 art. 4 nr 1, ettersom

⁷⁰ Sak nr 15963/90.

⁷¹ Sak nr 25711/94.

⁷² Se kap. 2.1.

den forutsetter at man blir forfulgt to ganger for den samme handling. I denne saken ble de to forskjellige overtredelsene prøvet i hver sin prosess, noe EMD kritiserer, men ikke finner å være i strid med P7 art. 4 nr 1.

Saken *Fischer mot Østerrike*⁷³ har et saksforhold som kan oppfattes som en blanding av Gradinger-saken og Oliveira-saken. Under påvirkning av alkohol kjørte Fisher på en syklist som ble alvorlig skadet og senere døde av skadene. For dette ble han ilagt en administrativ bot for brudd på flere av veitrafikkbestemmelsene. Noen måneder senere ble han dømt til seks måneders fengsel for uaktsomt drap, og straffen ble senere redusert til fem måneder. I statens anførsel for EMD, ble det fremholdt at denne reduksjonen tilsvarte boten som ble ilagt i den administrative prosessen. Dette blir imidlertid ikke tillagt vekt av EMD, som konstaterte brudd på P7 art. 4 nr 1.

I saken *Göktan mot Frankrike*⁷⁴ var klageren blitt idømt fem års fengsel, utvisning og inndragning av utbytte for overtredelse av narkotikahetningsloven. I tillegg ble han idømt bot med subsidiært krav om sivil arrest for overtredelse av tolllovgivningen. Noen uker senere ble han idømt 2 års arrest til innfrielse av boten. Dette er en etterlevning etter ordningen med gjeldsfengsel for insolvente skyldnere, og eksisterer nå bare til fordel for statskassen, jf avsnitt 25. Klageren mente at fengselsstraffen på fem år og den sivile arresten var i strid med P7 art. 4 nr 1. EMD kom til at den sivile arresten var straff, men frifant staten fordi identitetskravet ikke var oppfylt.

Som jeg kommer tilbake til har denne avgjørelsen blitt en sentral rettskilde for Høyesterett i forbindelse med generelle prinsipper for tolkning av straffebegrepet.

I alle de ovennevnte realitetsavgjørelsene har problemstillingen vært om identitetskravet er oppfylt. De fleste avvisningsavgjørelsene EMD har avsagt om denne bestemmelsen gjelder også dette spørsmålet.

Et eksempel er saken *Ponsetti and Chesnel mot Frankrike*⁷⁵ som gjaldt en fiskal bot idømt av skatteetaten, og senere straffeforfølgning etter straffeloven for samme handling. EMDs begrunnelse for å avvise saken var at tilleggsskatten ble utløst alene

⁷³ Sak nr 37950/97.

⁷⁴ Sak nr 33402/96. Dommen er p.t. ikke publisert på engelsk, og gjennomgangen er basert på en uoffisiell norsk oversettelse. Vedlegg 2 til oppgaven.

som følge av oversitting av fristen for å gi opplysninger, mens straffeansvaret forutsatte ”fradulent means” hos skatteyteren. I tillegg la EMD vekt på at de to bestemmelsene har forskjellig formål og verner ulike interesser.

En avvisningsavgjørelse gjaldt kravet til gjentatt forfølgning. Saken *R. T mot Sveits*⁷⁶ gjaldt inndragning av førerkort først, og deretter betinget fengsel og bot for samme handling – en måned senere. Begrunnelse for at forbudet i P7 art. 4 nr 1 ikke var krenket, var at de tre reaksjonene ble ilagt samtidig av forskjellige organer, og det forelå derfor ikke en repetisjon av straffeforfølgningen.

Noen klager har blitt avvist som følge av at tiltaket ikke ble ansett å være omfattet av straffebegrepet. I saken *Molut mot Frankrike*⁷⁷ var Mulots førerkort etter en trafikkovertrjedelse beslaglagt for seks måneder ved et administrativt vedtak. Det ble deretter reist straffesak mot ham, hvor han ble dømt til betinget fengselsstraff og tap av førerkort for tre år. EMD kom til at straffedommen ikke var avsagt i strid med P7 art. 4 nr 1. Begrunnelsen var dels at et midlertidig beslag av førerkortet måtte anses for å ha en forebyggende og ikke en strafferettslig karakter, og dels at EMK ikke var til hinder for midlertidige forholdsregler som er berettiget av sikkerhetsmessige grunner, før det tas realitetsavgjørelser.

I Saken *Kremzow mot Østerrike*⁷⁸ ble Kremzow, en tidligere statstjenestemann, fradømt blant annet pensjonsrettigheter som fulgte med hans status som pensjonert dommer. Han mente at ettersom disiplinærsaken gjaldt den samme handlingen som han tidligere var straffedømt for, var dette også en strafferettslig avgjørelse, og han påberopte seg de rettssikkerhetsgarantier som følger av EMK art. 6 nr 3 for straffesaker. I tillegg mente han disiplinærsaken var i strid med P7 art. 4 nr 1.

Kommisjonen mente de strafferettslige og de disiplinærrettslige konsekvensene av klagerens handlinger var ”strictly distinguished”. Den la vekt på at disiplinærdomstolen ikke foretok noen skyldkonstatering, men baserte seg på straffedommen, som måtte

⁷⁵ Sak nr 36855/97.

⁷⁶ Sak nr 31982/96.

⁷⁷ Sak nr 37211/97.

⁷⁸ Sak nr 16417/90.

anses bindende for saken. Kommisjonen fremholder at saksbehandlingen i disiplinærdomstolen var begrenset til spørsmålet om lovbruddet kvalifiserte til en disiplinærreaksjon. På basis av dette fant den at art. 6 ikke var anvendelig på forholdet. I forhold til P7 art. 4 nr 1, uttaler kommisjonen følgende:

“The conduct of criminal and subsequent genuine disciplinary proceedings is a normal phenomenon in many Contracting States to which Article 4 of Protocol No. 7 does not apply. Accordingly, this part of the application must also be rejected as being incompatible with the provisions of the Convention, *ratione materiae*”.

Saken *Demel mot Østerrike*⁷⁹ gjaldt også en disiplinær reaksjon. I april 1992 ble Demel, som også var dommer, straffedømt for misbruk av sin stilling og myndighet for blant annet å ha benyttet administrasjonens sekretær og utstyr til private gjøremål. I tillegg hadde han avgitt falsk forklaring. I november 1994 ble det reist sivil sak mot ham.

Retten, som da var satt som disiplinærdomstol, fant ham skyldig i å ha brutt sine profesjonelle plikter, og idømte ham fratredelse av stillingen med en reduksjon av pensjonen med 25 %. Også i denne saken anså disiplinærdomstolen seg bundet av straffedommen, og måtte ikke prøve faktum i saken. Som i Kremzow-saken bestod saksbehandlingen kun av å vurdere hvorvidt handlingen kvalifiserte til en disiplinær reaksjon.

Klagen besto av påstand om brudd på EMK art. 6 og P7 art. 4 nr 1. Til påstanden om brudd på P7 art. 4 nr 1 kom kommisjonen med følgende uttalelse:

“... the disciplinary proceedings against the applicant did not involve the determination of a ‘criminal charge’ within the meaning of Article 6 para.1 (Art. 6-1) of the Convention. Therefore, it cannot be said that, in these disciplinary proceedings the applicant was convicted of a ‘criminal offence’ within the meaning of Article 2 of Protocol No. 7, nor that he had been, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 7, tried or punished again in criminal proceedings for an offence for which he had already been finally convicted. Consequently, these provisions do not apply to the disciplinary proceedings at issue.”

⁷⁹ Sak nr 30993/96.

4.3.2 Avgjørelse i Høyesterett

4.3.2.1 Tilleggsskatt

Hvordan tilleggsskatt etter ligningsloven forholder seg til EMK, har vært gjenstand for fire plenumkjennelser i Høyesterett. Tre av disse gjelder forholdet til P7 art. 4 nr 1, og alle er blitt avsagt i løpet av to år. Dette må sies å være ekstraordinært, og viser at EMK har fått stor betydning i norsk rett.

Den første saken er inntatt i Rt. 2000 side 996, heretter kalt *Tilleggsskatt I*. Saken gjaldt primært brudd på EMK art. 6. Subsidiært var det anført brudd på P7 art. 4 nr 1, fordi skatteyteren tidligere var blitt straffet med bot for den samme skatteunndragelsen.

Høyesterett kom til at forhøyd tilleggsskatt for forsettlig eller grov uaktsom skatteunndragelse var en straffesiktelse etter EMK art. 6, og behøvde ikke ta stilling til dobbeltstraffspørsmålet. I en såkalt sidebemerkning fremkommer det imidlertid at retten mener bestemmelsen ikke er til hinder for at det først reageres med en administrativ fastsatt reaksjon og deretter reises ordinær straffesak, jf side 1026.

Høyesteretts kjæremålsutvalg fikk det samme spørsmålet til behandling i kjennelsen inntatt i Rt. 2001 side 85. Lagmannsrettens flertall hadde avvist en straffesak for et forhold det tidligere var ilagt tilleggsskatt for, blant annet under henvisning til P7 art. 4 nr 1. Kjæremålsutvalget viste til uttalelsen i plenumsdommen fra 2000 og opphevet lagmannsrettens kjennelse.

Den neste saken om tilleggsskatt og dobbeltstraff kom opp for Høyesterett 3. mai 2002, jf Rt. 2002 side 557, heretter kalt *Tilleggsskatt II*. Saksforholdet her var motsatt i forhold til foregående sak. Spørsmålet var om en straffesak for skatteunndragelse måtte avvises fordi tiltalte tidligere var ilagt forhøyd tilleggsskatt for det samme forholdet.

Her gikk flertallet (8-5) bort fra Høyesteretts syn i *Tilleggsskatt I*, og kom til at det ikke var et krav etter P7 art. 4 nr 1 at den avgjørelsen som sperret for en ny sak måtte være ilagt i straffesaks form etter intern rett, jf side 572.

Samme dag behandlet Høyesterett den tredje saken, hvor problemstillingen var om det kunne ilegges forhøyd tilleggsskatt etter en rettskraftig straffedom om samme forhold, jf Rt 2002 side 497, heretter kalt *Tilleggsskatt III*. Retten kom enstemmig til at ettersom forfølgningen gjaldt samme handling og det objektive gjerningsinnholdet i

bestemmelsene ikke skilte seg fra hverandre på vesentlige punkter, ville illeggelsen av forhøyd tilleggsskatt være i strid med P7 art. 4 nr 1.

4.3.2.2 Tilleggsavgift for sniking på trikken

I saken inntatt i Rt. 2001 side 1049, heretter kalt *Trikkesnikerkjennelsen*, gjaldt tiltalen overtredelse av strl § 403, og tiltalte var tidligere ilagt tilleggsavgift for samme forhold etter Oslo Sporveiers befordringsvedtekter. Dette ble ansett for å være en privatrettslig reaksjon. Retten fant etter dette at illeggelse av gebyret ikke var noen straffesiktelse etter art. 6, og fant derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på P7 art. 4 nr 1.

4.3.2.3 Inndragning og beslag av førerkort

I oktober 2002 fikk Høyesterett til behandling spørsmålet om inndragning av førerkort i forbindelse med etterfølgende alkoholnyttelse, jf Rt. 2002 side 1216, heretter kalt *Førerkortdommen*. Her kom retten til at inndragningen var en strafferettslig sanksjon, men at forholdet ikke var i strid med P7 art. 4 nr 1, fordi det ikke forelå en gjentakelse av prosessen.

Høyesteretts kjæremålsutvalg forkastet et kjæremål om midlertidig beslag av førerkort etter vtrl § 33 nr 5, jf Rt. 2002 side 1032. Kjæremålsutvalget fant det klart at dette ikke var i strid med P7 art. 4 nr 1. Her viste retten til avgjørelsen i saken *Mulot mot Frankrike* hvor EMD dels la til grunn at et slikt beslag måtte anses å ha en forebyggende og ikke en strafferettslig karakter, og dels at bestemmelsen ikke omfatter midlertidige forholdsregler som er berettiget av sikkerhetsmessige grunner, før det tas realitetsavgjørelser.

4.3.2.4 Inndragning av gjenstand brukt til straffbar handling

Kjennelsen inntatt i Rt. 2002 side 1271, heretter kalt *Inndragningskjennelsen*, gjaldt krav om avvisning av et inndragningskrav etter en fellende straffedom for samme forhold. Høyesterett la avgjørende vekt på at tiltakets avvergende element var så dominerende at det ikke var naturlig å anse reaksjonen som straff. Det forelå derfor ikke brudd på P7 art. 4 nr 1.

4.3.2.5 Forvaring

Av liten relevans, men nevnes for fullstendighetens skyld, er Høyesteretts kjennelse om forvaring som forlengelse for sikring, jf. HR 2002-00915. Her tiltrådte Høyesterett

lagmannsrettens vurdering om at idømmelsen av forvaring måtte anses som en forlengelse av den strafferettslige særreaksjon som tidligere var idømt, og dette innebar derfor ikke noen ny forfølgning i relasjon til P7 art. 4 nr 1.

4.3.2.6 Vedtak om utestegning fra dagpenger under arbeidsløshet

Den neste saken Høyesterett behandlet gjaldt spørsmålet om et vedtak om utestegning fra rett til ytelser etter folketrygdloven kapittel 4 om dagpenger under arbeidsløshet sperrer for etterfølgende straffesak om samme forhold, jf. HR 2002-01024 av 28. februar 2003, heretter kalt *Dagpengekjennelsen*.

Retten måtte både ta stilling til om tiltaket var straff etter en autonom fortolkning av konvensjonsbestemmelsen, og om tiltalen for bedrageri etter strl § 270 gjaldt samme forhold som utestegningen etter sysselsettingsloven § 36.

Et enstemmig Høyesterett i avdeling kom til at begge disse vilkårene var oppfylt, og opphevet tingrettens og lagmannsrettens kjennelser.

4.3.2.7 Forelegg for overtredelse av drukkenskapsloven § 17

Den hittil siste saken om dobbeltstraffbestemmelsen ble avsagt i kjennelse av Høyesterett 27. mars 2002, HR 2002-001258.

Tiltalen gjaldt overtredelse av strl § 229, og tiltalte hadde tidligere vedtatt et forelegg for overtredelse av drukkenskapsloven § 17, som er straff etter norsk rett.

Problemstillingen for Høyesterett var om dette forelegget stengte for en etterfølgende straffesak som gjaldt den samme handlingen.

Retten kom til at identitetskravet ikke var oppfylt og tok ikke kravet om avvisning av straffesaken til følge.

4.4 Tolkning av straffebegrepet

4.4.1 Problemstillingen

Som jeg tidligere har vært inne på, anlegger EMD en svært dynamisk tolkningsstil og har stadig utvidet anvendelsesområdet for rettighetene. Dette har sammenheng med prinsippet om at enkelte begreper skal gis en *autonom* fortolkning, jf kapittel 2.6.2.4. Dette har særlig vært aktuelt ved tolkningen av konvensjonens art. 6 nr 1 når det gjelder begrepene ”civil rights and obligations” og ”criminal charge”. Hvorvidt et saksforhold

er omfattet av disse begrepene beror på konvensjonsorganenes grensedragning, uavhengig av statenes terminologi og rettssystem.

Når det gjelder bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1 er spørsmålet hvilke type sanksjoner som utløser forbudet mot dobbel straffeforfølgning. Det som gjør dette spørsmålet særlig komplisert er at bestemmelsen omhandler og regulerer forholdet mellom to prosesser eller saksanlegg. I det videre benytter jeg begrepet *den sperrende avgjørelsen* om den første saken som eventuelt sperrer for en ny sak, og *den nye avgjørelsen* om sak nummer to, som eventuelt er i strid med forbudet.

Ordlyden i P7 art. 4 nr 1 inneholder tre forskjellige straffebegreper: For det første benyttes begrepene ”penal procedure”, og ”criminal proceedings” som betegnelsen på rettsprosessen. I tillegg benyttes begrepet ”punished”, som er fortidsformen av verbet *å straffe*. For norske domstoler har det vært en sentral sentrale problemstillingen hvordan disse tre straffebegrepene henger sammen. Men jeg kan ikke se at denne problemstillingen har vært reist av EMD.

Spørsmålet som utgjorde dissensen i *Tilleggsskatt II* var tolkningen av begrepet ”penal procedure in accordance [...]”. Et synspunkt har vært at vilkåret for at en avgjørelse skal sperre for en ny sak, er at saksbehandlingen for denne saken følger straffeprosessuelle regler etter nasjonal rett. Poenget er at dersom det er opp til staten å bestemme hva som skal anses som en strafferettslig reaksjon når det gjelder den sperrende avgjørelsen, vil ikke bestemmelsen ramme de tilfeller der tiltalte i straffesaken først er ilagt tilleggsskatt eller en sivil reaksjon. Denne problemstillingen har også blitt kalt spørsmålet om tidsrekkefølgens betydning. Dette er en praktisk problemstilling i de fleste ”dobbeltsprode” reaksjonssystemene, herunder konkursskarantene og straff, hvor konkursskarantene i de fleste tilfeller blir ilagt før straffesaken er ferdig etterforsket. Dette spørsmålet gjelder altså sivile sakers materielle rettskraft i senere straffesaker.

I tillegg til spørsmålet om rekkefølgens betydning, har det i de sakene som reist for norske domstoler vært drøftet hvorvidt det er en innbyrdes sammenheng mellom art. 6 og P7 art. 4 nr 1, slik at de saker som er omfattet av ”criminal charge” i art. 6 nr 1 eller ”criminal offence” i art. 6 nr 2 og 3, også rammes av dobbeltstraffbestemmelsen. Ettersom det er en viss sammenheng mellom disse to problemstillingene, har jeg valgt å behandle dem under ett. Jeg gir her først en oversikt over relevante rettskilder og

tolkningsfaktorer i tilknytning til disse problemstillingene, for så å foreta en egen oppsummering og vurdering til slutt i kapittel 4.4.3.

4.4.2 Relevante rettskildefaktorer

4.4.2.1 Lovtekst, forarbeider og formål

En mulig lese måte av bestemmelsen, er å knytte begrepet ”penal procedure” til *den sperrende avgjørelsen* og ”criminal proceedings” til *den nye avgjørelsen*.

I så fall er en naturlig lese måte av ordlyden “[...]finally acquitted or convicted in accordance with the law and penal procedure of that State.” at *den sperrende avgjørelsen* må være ilagt etter internrettslig straffeprosess for at bestemmelsen kommer til anvendelse. Dette innebærer i tilfelle at straffebegrepet tilknyttet *den sperrende avgjørelsen* ikke tolkes autonomt. I så fall vil bestemmelsen ikke ramme vårt dobbeltsporede sanksjonssystem i de tilfeller den sivile reaksjonen ilegges før straffereaksjonen.

Imidlertid kan ordlyden i konvensjonsteksten tilsi et alternativt tolkningsresultat. Det er mulig å lese ovennevnte uttrykk som en henvisning til internrettslig lovgivning, bare når det gjelder kravet til at avgjørelsen skal være endelig, jf ”finally”. I så fall er dette kun en henvisning til avgjørelsens formelle rettskraft, jf kapittel 2.1.1.

En videreføring av dette er at ”penal procedure” ikke er betegnelse på den sperrende avgjørelsen. I stedet omfatter setningen ”punished again in a criminal proceedings” både den sperrende avgjørelsen og den nye avgjørelsen, og stikkordet er da ”again”. Dette innebærer også at begrepet ”punished” ikke har selvstendig betydning ved siden av ”criminal proceedings”.

Som nevnt i kapittel 2.6.2.2 har ikke EMD tillagt forarbeidene særlig betydning, men i dette spørsmålet er konvensjonsteksten så tvetydig, at det er grunn til å undersøke om de kan belyse spørsmålet.

I avsnitt 29 i *Explanatory report* til P7 står det følgende:

“The principle established in this provision applies only after the person has been finally acquitted or convicted in accordance with law and penal procedure of the state concerned. This means that there must have been a final decision as defined above, in paragraph 22.”

Avsnitt 22 gjelder avgjørelsens formelle rettskraft. Selv om dette ikke direkte løser dette tolkningsspørsmålet, mener jeg denne uttalelsen, og da særlig annen setning, kan tas til inntekt for det andre tolkningsalternativet.

Språklig sett er det mye som taler for at sammenhengen mellom begrepet ”criminal proceedings” og ”criminal charge” i art. 6 nr 1 er at behandlingen av en *straffesiktelse* skjer i en *straffeprosess*. Med andre kan ordlyden her isolert sett tale for at grensene for straffebegrepet i dobbeltstraffbestemmelsen må fastlegges etter de samme kriterier som gjelder for straffebegrepet i art. 6.

Det følger av avsnitt 32 i *Explanatory report* at bestemmelsen bare gjelder forfølgning og domfellelse av en person ”in criminal proceedings”, og at dette ikke hindrer forfølgning for samme handling ved saksanlegg av en annen karakter, for eksempel disiplinærforfølgning.

Ettersom rettstilstanden på det tidspunkt syvende tilleggsprotokoll ble opprettet, var at visse disiplinære- og administrative saker var omfattet av straffebegrepet i art. 6, kan det spørres om ekspertkomiteen med denne uttalelsen har ment å innskrenke bestemmelsens anvendelsesområde i forhold til denne rettstilstanden. Når bestemmelsen er så vidt ny kan det hevdes at det dynamiske tolkningsprinsippet ikke står like sterkt som ved de opprinnelige bestemmelsene i konvensjonen, jf kapittel 2.6.2.2, og at forarbeidene derfor bør få betydning.

Imidlertid svekkes dette av EMDs generelle uttalelse om straffebegrepet i Göktan-saken, jf avsnitt 46. EMD mener ”forarbeidene til protokoll 7 ikke kaster særlig lys over spørsmålet, bortsett fra at den gjenspeiler en heller innskrenkende tolkning.”

En annen sak er at enkelte stater tok forbehold om at bestemmelsen bare skulle få anvendelse i saker som er gjenstand for behandling i samsvar med statens formelle straffeprosess.⁸⁰ Dette hadde ikke vært nødvendig dersom meningen hadde vært at straffebegrepet ikke skulle tolkes autonomt.

Rapportens avsnitt 28 kan også gi støtte til dette synet. Her fremgår det at det ikke har vært nødvendig i denne bestemmelsen (i motsetning til for art. 2 og 3) å presisere at lovbruddet (the offence) må være strafferettslig (”criminal”), fordi art. 4 allerede

⁸⁰ Dette fremgår av førstvoterendes votum i *Tilleggsak II*, side 568.

inneholder begrepene ”in criminal proceedings” og ”penal procedure”. (I art. 2 og 3 inneholder konvensjonsteksten begrepene ”criminal offence”)

Forarbeidene gir etter min mening ikke holdepunkter for et begrepsmessig skille når det gjelder *den sperrende avgjørelsen* og *den nye avgjørelsen*.

Heller ikke er det, slik jeg ser det, holdepunkter i forarbeidene som taler mot at straffebegrepet i P7 art. 4 nr 1 skal tolkes autonomt, heller tvert i mot.

Begrunnelsen for å tolke straffebegrepet i EMK art. 6 autonomt, er å styrke det faktiske menneskerettsvernet, jf kapittel 2.6.2.4. Dersom det er opp til statene å regulere grensen mellom straffesanksjoner og sivile sanksjoner ved anvendelsen av P7 art. 4 nr 1, vil vernet mot dobbel straffeforfølgning kunne bli utvannet på samme måte som rettighetene i art. 6.

De to bestemmelsene har ulikt formål. I seg selv kan dette være et argument for å gi bestemmelsene ulikt anvendelsesområde. Art. 6 skal fremme en rettssikker saksbehandling. Når EMD har utvidet straffebegrepet til også å omfatte visse sivile sanksjoner, er det for å sikre at de prosessuelle rettighetene i art. 6 også blir ivaretatt i slike saker. Formålet med bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1 er å gi beskyttelse mot den belastning det er å bli utsatt for en ny straffeforfølgning for den som allerede er straffesanksjonert fra samfunnets side ved en endelig avgjørelse. Det kan hevdes at behovet for et utvidet straffebegrep i slike saker ikke er like stort. Dette fordi et forutberegnlig dobbeltsporet system ikke behøver å være belastende i samme grad som en ordinær dobbel straffeforfølgning vil kunne være.

Men formålet taler for å ikke ilegge tidsrekkefølgen av sanksjonene betydning. Denne løsningen gir den beste beskyttelse mot en repetisjon av en endelig avgjort prosess.

4.4.2.2 Uttalelse fra konvensjonsorganene

EMDs uttalelse i Demel-saken, gjengitt ovenfor i kapittel 4.3.1, tyder på at det EMD mener det er en sammenheng mellom straffebegrepet i P7 art. 4 nr 1 og art. 6, jf annen setning som starter med ”Therefore [...]”

Det samme kan sies om Menneskerettskommisjonens rapport i Gradinger-saken.⁸¹ Her påpeker kommisjonen at siden den administrative forfølgning mot klager må anses som en avgjørelse av en "criminal charge" etter art. 6, finner den også *av samme grunn* at den er en "criminal proceeding" etter P7 art. 4 nr 1, jf avsnitt 73. I EMDs behandling av saken, blir det ikke tatt avstand fra kommisjonens uttalelse om dette. Selv om ingen av disse uttalelsene er helt klare og entydige, gir de i det minste en åpning for at bestemmelsene har samme anvendelsesområde.

Med avgjørelsen i Göktan-saken sommeren 2002, bringes det tilsynelatende et nytt aspekt inn i dette spørsmålet. Som nevnt ovenfor i kapittel 4.3.1 ble det ikke konstatert brudd på denne bestemmelsen på grunn av at identitetskravet ikke var oppfylt. I forlengelsen av den siterte uttalelsen ovenfor (kapittel 4.4.2.1) følger det i avsnitt 48:

"Domstolen anser at den sivile arresten som er nevnt i tilknytning til tollboten, ikke er et skritt til fullbyrdelse av denne, men en straff, både i henhold til Konvensjonens artikkel 7 (ovenfornevnte dom i saken Jamil mot Frankrike) og i henhold til artikkel 4 i protokoll 7, da begrepet straff ikke kan ha forskjellig betydning alt etter hvilken av Konvensjonens bestemmelser det gjelder."

Selv om denne uttalelsen ikke var nødvendig for konklusjon i denne saken, følger det av EMDs rettskildeprinsipper at en slik uttalelse har samme vekt som de såkalte *ratio decidendi*.⁸² Med andre ord har denne uttalelsen sentral betydning for spørsmålet om fastleggelsen av straffebegrepet, men problemet er hvordan selve uttalelsen skal forstås; hvilken løsning denne sentrale rettskildefaktoren gir anvisning på.

Hittil ser det ut til at spørsmålet om rekkefølgens betydning ikke har vært et særlig aktuelt tema i EMDs praksis. Jeg har heller ikke funnet antydninger i avgjørelsene på at EMD gjør et begrepsmessig skille mellom *den sperrende avgjørelsen* og *den nye avgjørelsen* slik det er blitt gjort i norsk rettsteori og praksis. I Fisher-saken uttaler EMD at spørsmålet om brudd på prinsippet om *ne bis in idem* gjelder forholdet mellom de to lovbruddene, og kan ikke bero på i hvilken rekkefølge de er ilagt, jf avsnitt 29. Det er uenighet både i norsk teori og rettspraksis om rekkevidden av denne uttalelsen. I Fisher-saken var den administrative boten av straffeprosessuell karakter. Det hevdes at EMD med denne uttalelsen ikke tar stilling til spørsmålet om rekkefølgens betydning

⁸¹ Kommisjonsrapport av 19.5.1994.

⁸² Jf *Tilleggsskatt II*, 566.

når en sivil sak, som anses som straff etter art. 6 stenger for en senere straffesak.⁸³ Det har også vært uttalt at til tross for uttalelsen i Fisher-saken, er det ikke sikkert tidsrekkefølgen er uten betydning i alle sammenhenger. Det kan variere avhengig av forvaltningsområdets sanksjonssystem og begrunnelse.⁸⁴

I avgjørelsen i Kremzov-saken er EMD inne på forholdet til et to-sporet sanksjonssystem når det gjelder *disiplinære reaksjoner*, jf sitatet gjengitt ovenfor i kapittel 4.3.1. Det synes som om EMD er av den oppfatning at det ikke er meningen at bestemmelsen skal ramme slike tilfeller. Imidlertid er det mulig denne uttalelsen må begrenses til de tilfeller der en disiplinær forfølgning skjer etter og på grunnlag av straffesaken, jf ”subsequent”.

4.4.2.3 Uttalelser fra Høyesterett

I *Tilleggsskatt I* kom retten kom til at forhøyd tilleggsskatt var omfattet av straffebegrepet i art. 6. Når det gjelder tolkningen av P7 art. 4 nr 1, mener førstvoterende det følger direkte av ordlyden at den sperrende avgjørelsen må være ilagt i straffesaks former etter intern rett, jf side 1026. Når det gjelder den nye avgjørelsen, uttaler førstvoterende på side 1026 at det ikke foreligger avgjørelser fra konvensjonsorganene som uttrykkelig tar stilling til dette tolkningsspørsmålet, men at folkerettslig teori bekrefter at det er en sammenheng mellom art. 6 og P7 art. 4 nr 1 når det gjelder begrepene ”criminal charge” og ”criminal proceedings”. Høyesterett finner det ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet ettersom saken avgjøres på annet grunnlag. Men den fastholder på side 1027 at rettsstilstanden når det gjelder rekkevidden av P7 art. 4 nr 1 er noe usikker.

Det er interessant å merke seg at Høyesterett i denne dommen valgte å komme med en klar uttalelse om rettskraftvirkninger av et administrativt vedtak i senere straffesaker, selv om dette ikke var situasjonen i faktum. På den annen side hadde retten en oppfordring til å si noe avklarende om den motsatte situasjonen som var oppe i saken, men valgte altså å ikke ta stilling til dette. I ettertid har det vist seg at det mest kontroversielle tolkningsspørsmålet har vært sivile sakers rettskraft i senere straffesaker,

⁸³ Mindretallet i *Tilleggsskatt II*, side 581.

⁸⁴ Eriksen 2001, side 202-205.

jf dissensen med 8-5 om dette spørsmålet i *Tilleggsskatt II*. I kjennelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2001 side 85, mener utvalget at uttalelsen i *Tilleggsskatt I* ”åpenbart tok sikte på å avklare rettsstilstanden med henblikk på andre saker”, jf side 88. Dette kan tyde på at Høyesterett på dette tidspunktet ikke anså denne tolkningen som tvilsom. Dessuten lå det ikke noe kontroversielt i å opprettholde den eksisterende rettsstilstanden. At Høyesterett vegret seg når det gjaldt spørsmålet om straffedommens rettskraft i en senere sivil sak, kan være fordi de rett og slett ikke ønsket å uttrykke noe som ville endre rettsstilstanden i norsk rett så radikalt, når det ikke var nødvendig.

Det bør her tilføyes at en viktig faktor i flertallets begrunnelse for det motsatte resultat i *Tilleggsskatt II* var Fisher-saken, jf side 571, og den avgjørelsen kom mer enn ett år etter *Tilleggsskatt I*.

I likhet med Høyesteretts kjæremålsutvalg i Rt. 2001 side 85, mente Høyesteretts mindretall i *Tilleggsskatt II* at bestemmelsens formål taler for at bare de avgjørelser som er truffet i samsvar med vedkommende lands egen straffeprosessuelle regler, kan sperre for ny forfølgning. Det ble i begrunnelsen blant annet henvist til uttalelsen i *Tilleggsskatt I* samt en avgjørelse fra Den svenske Högsta domstolen som også har lagt til grunn denne forståelsen, jf side 569. I tillegg mente mindretallet at bestemmelsens forhistorie, som her er forarbeidene til den tilsvarende bestemmelsen i SP art. 14 nr 7, talte for denne forståelsen. Når flertallet kom til det motsatte resultat i denne avgjørelsen, støtter det seg som nevnt på Fisher-saken. I tillegg ble det lagt vekt på den franske versjonens ordlyd og formålsbetraktninger. Videre så flertallet annerledes på forarbeidene enn mindretallet, og mente disse talte mot at den sperrende avgjørelsen måtte være ilagt i straffesaks former etter intern rett.

Vi ser altså at spørsmålet om en rettskraftig avgjørelse i en straffesak sperrer for en senere sak om ordinær tilleggsskatt om samme forhold, som Høyesterett var i tvil om og antagelig ikke ønsket å ta stilling til i *Tilleggsskatt I*, i denne saken blir avklart av et samlet plenum. At Høyesterett her tok stilling til spørsmålet uten at det var nødvendig for resultatet, skyldes nok at Høyesterett senere samme dag måtte ta stilling til dette spørsmålet i en annen sak, jf *Tilleggsskatt III*.⁸⁵

⁸⁵ Det fremgår av denne dommen at den ble avsagt etter kjennelsen i Rt. 2002 side 557.

Når det gjelder spørsmålet om bestemmelsens anvendelsesområde i forhold til art. 6, mener både mindretallet og flertallet i *Tilleggsskatt II* at forhøyd tilleggsskatt uansett er omfattet av begrepet ”criminal proceedings”, jf side 569 og 585. Retten behøver derfor ikke å gå nærmere inn på aktuelle tolkningsmomenter i dette spørsmålet. Imidlertid peker voterende for flertallet på at de to bestemmelsenes formål kan tilsi at det blir trukket forskjellige grenser for straffebegrepet, jf side 568-569. Som eksempel nevnes de tilfeller der art. 6 nr 1 blir benyttet ved sanksjoner som ”i første rekke har en avvergende eller forebyggende karakter”, jf side 569.

I *Trikkensnikerkjennelsen* viser retten til plenumsavgjørelsene i tilleggskattesakene og legger til grunn at det er kriteriene i tilknytning til art. 6 som også skal vurderes i forhold til P7 art. 4 nr 1.

På det tidspunkt *Førererkortdommen* blir avsagt, hadde det kommet en ny avgjørelse om P7 art. 4 nr 1 fra EMD, jf Göktan-saken.

Høyesterett slår i denne dommen fast at inndragning av førerkortet for etterfølgende alkoholinntak ”etter sin art er en ”criminal charge” etter EMK art. 6 nr 1”, jf side 1224.

Deretter tar retten opp spørsmålet om det er en slik innbyrdes sammenheng mellom artikkel 6 nr 1 og P7 art. 4 nr 1 at bestemmelsenes anvendelsesområde blir sammenfallende. Førstvoterende viser først til uttalelsene om dette i *Tilleggsskatt II*. Deretter viser retten til avsnitt 48 i EMDs avgjørelse i Göktan-saken, jf ovenfor. På grunnlag av denne uttalelsen uttaler Høyesterett følgende: ”Etter dette må det legges til grunn at begrepet ’punishment’ må tolkes synonymt med ’penalty’ i art. 7”, jf side 1225. Denne uttalelsen var foranlediget av at staten anførte at det forelå ny praksis fra EMD om at begrepet ”punishment” er synonymt med ”penalty” i art. 7, og at avgjørelsene i EMD viser at P7 art. 4 nr 1 og art. 6 ikke har samme anvendelsesområde.

Høyesteretts konklusjon er at inndragningen av førerkort for etterfølgende alkoholinntak er ”punishment” i relasjon til P7 art. 4 nr 1, og vurderer dette etter de kriteriene EMD har gitt for art. 7. Imidlertid ble spørsmålet i saken avgjort ved at retten finner at den etterfølgende inndragning av førerkortet ikke innebærer noen *ny* forfølgning, men bare en reaksjonsfastsettelse.

En tilsvarende fremgangsmåte blir gjentatt i *Inndragningskjennelsen*. Også i denne saken legger Høyesterett til grunn at ”inndragning av en gjenstand etter sin art er en straffeanklage etter EMK art. 6 nr 1 ut fra formålet med denne bestemmelsen, jf side

1280. Videre viser retten til Førerkortdommen og legger samme tolkning av Göktan-saken til grunn. Her kom retten til at inndragningen ikke er ”punishment/penalty” i relasjon til art. 7, og dermed heller ikke i relasjon til P7 art. 4 nr 1.

I *Dagpengekjennelsen* tar også Høyesterett utgangspunkt i spørsmålet om tiltaket er ”punishment” i relasjon til art. 7, jf avsnitt 29. Deretter viser den til EMDs praksis vedrørende art. 7, og kommer til at sanksjonen er ”punishment” på grunnlag av de kriterier EMD har fastlagt for denne bestemmelsen.

4.4.3 Egne vurderinger

På bakgrunn av en forholdsvis uklar rettspraksis, både fra konvensjonsorganene og Høyesterett, når det gjelder metoden for å fastlegge straffebegrepet, vil jeg her forsøke å samle trådene.

Når det gjelder betydningen av tidsrekkefølgen, er dette nå avklart når det gjelder tilleggsskatt, jf flertallets votum i *Tilleggsskatt II*. Imidlertid reiser det seg en problemstilling om denne avgjørelsens rekkevidde i dette spørsmålet, når Høyesterett i denne kjennelsen uttaler følgende på side 572: ”At [Fisher]dommen gjaldt et annet rettsfelt enn tilleggsskatt, vil derimot selvfølgelig kunne være av betydning for dens tyngde som rettskilde.”

Det kan her tilføyes at i *Dagpengekjennelsen* var situasjonen at vedtaket etter sysselsettingsloven var endelig før straffesaken, uten at spørsmålet om rekkefølgens betydning ble tatt opp i saken.

Etter min vurdering gir bestemmelsens ordlyd kombinert med de ovennevnte uttalelsene i forarbeidenes avsnitt 29, rimelig klar indikasjon på en generell regel om at det ikke er et krav om at den sperrende avgjørelsen må være ilagt i straffesaks form etter nasjonal rett. Dette må etter min mening veie tungt i dette spørsmålet når det ikke foreligger praksis fra EMD som antyder en annen løsning.

I spørsmålet om grensdragningen mellom sivile saker og straffesaker, har konvensjonsorganene kommet med mer eller mindre klare antydninger om at anvendelsesområdet for P7 art. 4 nr 1 må fastlegges etter de samme kriterier som for art. 6. Høyesterett åpner for en tilsvarende tolkning i tilleggskattesakene og legger dette til grunn i *Trikkensnikerkjennelsen*.

Så kommer tilleggskattesakene i mai 2002 hvor Høyesterett ikke behøver å ta stilling dette spørsmålet, men antyder at bestemmelsenes formål kan tilsi forskjellig grensedragning, og nevner som eksempel tiltak som primært har et avvergende eller forebyggende formål. Antagelig ønsket Høyesterett med denne uttalelsen å forbeholde seg i forhold til saker om inndragning av førerkort, som da var på vei opp i rettssystemet.

I de tre seneste avgjørelsene i Høyesterett, henholdsvis *Førerkortdommen*, *Inndragningskjennelsen* og *Dagpengekjennelsen*, legger Høyesterett til grunn en tolkning av EMDs uttalelse i Göktan-saken som går ut på at verbet ”punished” i P7 art. 4 nr 1 er synonymt med substantivet ”penalty” i art. 7.

Det er svært vanskelig å være kritisk til en tolkning som Høyesterett, riktignok ikke i plenum, har lagt til grunn i hele tre avgjørelser. Allikevel mener jeg det kan være grunnlag for å hevde at den aktuelle uttalelsen i Göktan-saken gir anvisning på et annet tolkningsresultat.

I den første delen av uttalelsen fastslår EMD at fordi den samme reaksjonen i en tidligere avgjørelse er funnet å være *en straff* etter art. 7, er den også en straff etter P7 art. 4 nr 1. Rent språklig er det ikke tvil om at det er substantivet *straff* EMD her referer til, jf ”peine”. Men i den sammenheng er det viktig å være klar over at EMDs henvisning til Jamil-saken og substantivet ”straff” er foranlediget av at denne avgjørelsen ble anført som argument fra klagerens side, jf avsnitt 21 hvor det står: ”[...] der sivil arrest ble betegnet som ’straff’ i konvensjonens forstand.” Hvis man tolker EMDs uttalelse i avsnitt 48 i lys av klagerens anførsel, er etter min mening, ikke Høyesteretts slutning like opplagt. Dessuten oppfatter jeg den siste delen av uttalelsen som en henvisning til konvensjonens bestemmelser generelt, jf flertallsformen av *bestemmelser*, uten spesiell tilknytning til art. 7.

Et annet forhold som gjør at det etter min oppfatning ikke er grunnlag for å anta at EMD har hatt til hensikt å begrense denne uttalelsen til *substantivet* straff, er at bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1 ikke er begrenset til sanksjonen straff, men er også et forbud mot dobbel straffeforfølgning, jf Fisher-saken, avsnitt 29, hvor EMD presiserer dette.

At EMD benytter substantivet ”peine” i denne uttalelsen, kan således sees i sammenheng med at EMD tar utgangspunkt i art. 7 som nettopp gjelder *sanksjonen* og ikke *prosessen*. Bestemmelsen i art. 7 tilsvarer vårt legalitetsprinsipp på strafferettens

område, og setter forbud mot å illegge en strafferettslig *sanksjon* uten hjemmel i lov. I den franske versjonen av P7 art. 4 nr 1 er ikke begrepet ”peine” benyttet i det hele tatt, men i stedet ”puni pénalement” som betyr *straffedømt* og ”procedure pénale” som kan oversettes til *straffeprosess*.

En støtte til denne forståelsen følger lengre ut i avgjørelsen i Göktan-saken: Klageren har også påstått brudd på art. 6 nr 1 om retten til rettferdig rettergang. I siste setning i avsnitt 57 slår EMD fast at ”Endelig, fordi sivil arrest utgjør en straff i henhold til Konvensjonen, står også fraværet av begrunnelse i strid med prinsippet om rettferdig rettergang.” Art. 6 nr. 1 inneholder ikke substantivet straff, og omhandler heller ikke *sanksjonen* straff, men derimot ”accusation en matière pénale”, som betyr *straffesiktelse*.

Et ytterligere argument for en slik forståelse er nettopp avgjørelsen i Jamil-saken⁸⁶, hvor det i avsnitt 31 fremgår at utgangspunktet for vurderingen av ”the measure in question” er om den er ilagt som følge av en ”criminal offence”, altså et *strafferettslig* lovbrudd. På sett og vis blir ringen med dette sluttet. Det er liten tvil om at ”criminal offence” skal tolkes autonomt og er dessuten det samme begrepet som er benyttet i art. 6 nr 2 og nr 3. EMD har flere ganger uttalt at dette begrepet har samme avgrensning som ”criminal charge” i art. 6. nr 1.

Videre i Jamil-saken viser EMD til dommen i saken *Welch mot Storbritannia*⁸⁷, jf avsnitt 28 hvor det heter:

“...the starting-point in any assessment of the existence of a penalty is whether the measure in question is imposed following conviction for a ‘criminal offence’. Other factors that may be taken into account as relevant in this connection are the nature and purpose of the measure in question; its characterisation under national law; the procedure involved in the making and implementation of the measure; and its severity.”

Også her fremgår det at utgangspunktet for å vurdere om *sanksjonen* er straff, er hvorvidt *lovbruddet* er strafferettslig. Andre momenter EMD finner relevante har tilknytning til ”the measure in question”, altså tiltaket som skal vurderes. Dette må etter

⁸⁶ Sak nr 15917/89.

⁸⁷ Sak nr 17440/90.

min oppfatning bety at både lovbruddet og sanksjoneringen skal vurderes, men EMD gir ikke her noen kriterier for lovbruddet isolert.

Imidlertid blir dette mer klargjørende i en senere sak om art. 7. I avvisnings-avgjørelsen i saken *Brown mot Storbritannia*⁸⁸ uttaler EMD seg om vilkårene for å være beskyttet av art. 7:

”...the proceedings have to amount to the determination of a criminal charge. The Court recalls that, in deciding whether an offence is to be considered as criminal within the autonomous meaning of the Convention, the Court must adopt the three-fold test set out in the Engel case and have regard to the classification in domestic law, the nature of the offence itself and the nature and severity of the sentence which can be imposed.”

Engel-saken gjaldt straffebegrepet i art. 6, og vurderingstemaet her er både lovbruddet og sanksjonen.⁸⁹

Et ytterligere eksempel er saken om *Tre Traktörer AB mot Sverige*⁹⁰ som gjaldt inndragning av skjenkebevilling. I avsnitt 46 fremgår det at EMD foretar en vurdering av forholdets *strafferettslige aspekt*, og konkluderer med at det verken er omfattet av art. 6 nr. 1 og 2 eller art. 7.

Etter dette mener jeg det er grunn til å anta at når EMD viser til ”begrepet straff” i Göktan-saken, gjelder dette både substantivet *straff*, adjektivet *strafferettslig*, og verbet *å straffe* avhengig av hva som er vurderingstemaet i den enkelte konvensjonsbestemmelse. Det blir derfor etter min mening galt å sammenligne begrepet ”punished” i P7 art. 4 nr 1 med ”penalty” i art. 7, slik Høyesterett gjør i de ovennevnte avgjørelsene, uten å knytte dette opp mot begrepene ”criminal proceedings” og ”penal procedure”. Jeg viser i denne forbindelse til avsnitt 28 i *Explanatory report*, nevnt ovenfor. Det avgjørende må være om forholdet er i en strafferettslig sfære. Det synes som om Høyesterett velger å se bort fra det forhold at bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1 ikke bare forbyr dobbel straff, men også dobbel straffeforfølgning.

Hvis denne tolkningen kan legges til grunn, oppstår det en logisk feil i resultat i *Inndragningskjennelsen*. Dette fordi retten legger til grunn at inndragningen er en straffeanklage etter art. 6 nr 1, men ikke en strafferettslig reaksjon etter P7 art. 4 nr 1. Det som skiller denne

⁸⁸ Sak nr 38644/97.

⁸⁹ *Engel mfl mot Nederland*, sak nr 5100-02/71.

⁹⁰ Sak nr 10873/84.

saken fra *Fører kortdommen* og *Dagpengekjennelsen* er at tiltaket her er ilagt i straffeprosessuelle former, jf strpl § 51 annet ledd, og strpl § 2 første ledd nr 2). Den forutgående straffedommen har ikke positiv rettskraft i inndragningssaken, slik at retten må foreta en selvstendig vurdering av skyldspørsmålet i den nye saken, jf kjennelsens side 1275. Det er derfor et særlig problem med denne avgjørelsen at den ikke tar opp den problemstillingen at P7 art. 4 nr 1 ikke bare forbyr dobbel straff, men også dobbel straffefølgning.

Dersom man legger til grunn at EMD med uttalelsen i Göktan-saken har ment at begrepet ”punished” i dobbeltstraffbestemmelsen skal tolkes synonymt med ”punishment/penalty” i art. 7, stiller jeg meg også undrende til at EMD ikke går dypere ned i denne problemstillingen i Göktan-saken. Når dette utsagnet ikke følges opp med en nærmere begrunnelse eller forklaring, heller jeg til at uttalelsen må oppfattes som en stadfestelse av en eksisterende rettstilstand, som EMD mer eller mindre tydelig har gitt anvisning på i tidligere avgjørelser, jf kapittel 4.4.2.2.

Som en oppsummering på dette, riktignok i mangel av helt avklarende praksis fra EMD på dette punktet, mener jeg det er grunnlag for å hevde at Göktan-dommen gir anvisning på et felles straffebegrep for konvensjonen generelt. Konsekvensen av dette blir at straffebegrepene i P7 art. 4 nr 1 har de samme grenser som straffebegrepene i konvensjonen for øvrig.

Etter min vurdering er det absolutt grunn til å la bestemmelsenes ulike formål tale for et snevrere anvendelsesområde for P7 art. 4 nr 1. Det synes ikke som om dette har vært et aktuelt tema for EMD i denne sammenheng. Antagelig er det hensynet til harmoni og sammenheng i konvensjonstolkningen som ligger til grunn for et felles straffebegrep i konvensjonen.

Denne tolkningen kan også tas til inntekt for at rekkefølgen av sanksjonene ikke har betydning. Dersom det opereres med et felles autonomt straffebegrep, kan det ikke være noe krav om at den sperrende avgjørelsen må være ilagt etter straffeprosessuelle regler i nasjonal rett.

4.4.4 Metode og kriterier for fastleggelsen av straffebegrepet

Med bakgrunn i den slutning jeg mener det kan trekkes av Göktan-saken, finner jeg det hensiktsmessig å omtale straffebegrepet som *konvensjonens straffebegrep*, uten å måtte gå nærmere inn på den enkelte konvensjonsbestemmelsenes utforming og formål.

De tre kriteriene EMD fremsatte i Engel-saken for bedømmelsen av om et forhold er strafferettslig, er som nevnt tiltakets *nasjonal klassifisering*, *forholdets karakter*, og

sanksjonens strenghet. Disse kriteriene blir gjerne kalt *Engelkriteriene*, og har blitt lagt til grunn i senere rettspraksis.

I de saker som gjelder art. 7, har EMD også ansett det som relevant å vurdere *saksbehandlingen* knyttet til ileggelsen og iverksettelsen av tiltaket, jf Welch-saken og Jamil-saken. At dette ikke har vært relevant i de sakene som gjelder art. 6, er naturlig når denne nettopp regulerer saksbehandlingen. Men at saksbehandlingen er et relevant moment også i forhold til P7 art. 4 nr 1 må være naturlig, sett i lys av formålet om å unngå dobbel forfølgning i rettssystemet.

Jeg går nærmere inn på innholdet i disse kriteriene i den konkrete drøftelsen i kapittel 5.

En konsekvens av et felles straffebegrep er at konvensjonsorganenes avgjørelser om straffebegrepet i art. 6, også er relevant for tolkningen av straffebegrepet i P7 art. 4 nr 1. Men hvilken vekt den enkelte avgjørelse har for rettsspørsmålet blir et konkret metodespørsmål. Det vil i første rekke bero på om saksforholdet er sammenlignbart med det spørsmålet som skal avgjøres. I tilknytning til en slik vurdering er det viktig å ha klart for seg følgende forhold:

I de saker EMD behandler vedrørende eventuelt brudd på art. 6, er det et spørsmål om saksbehandlingen har vært i samsvar med de minstegarantier som bestemmelsen krever. Både for avgjørelser om ”borgerlige rettigheter og plikter” og for ”straffesiktelse” oppstiller bestemmelsen felles regler i art 6 nr 1. Art. 6 nr 2 og 6 nr 3 gjelder bare for straffesaker, og det er først når saksøker påberoper seg disse bestemmelsene, at EMD eksplisitt må ta stillingen til straffebegrepets avgrensning.

Ettersom mange av de tradisjonelt strafferettslige saksbehandlingsreglene etter hvert er innfortolket i begrepet ”fair trial” i art 6 nr 1, er det ofte tilstrekkelig for EMD å fastslå at det foreligger en krenkelse av art. 6, uten eksakt å måtte foreta en grenseoppgang mellom de to kategoriene. De avgjørelsene hvor dette er tilfelle må, etter min oppfatning, tolkes i lys av dette. Disse avgjørelsene bør da normalt tillegges mindre vekt relativt sett enn en avgjørelse som eksplisitt tar stilling til straffebegrepet. Dette er særlig aktuelt for forskjellige saker om inndragning av ulike bevilninger etc. hvor problemstillingen for EMD først og fremst har vært om saken gjelder en ”civil rights and obligations” i art. 6 nr 1.

4.5 Kravet til samme lovbrudd - identitetsspørsmålet

Det sentrale spørsmålet i de fleste sakene som har vært behandlet av EMD er om kravet til samme lovbrudd er oppfylt.

I Fisher-saken er EMD enig med den Østerrikske stat at de to foregående avgjørelsene (Gradinger-saken og Oliveira-saken) kan oppfattes som noe motstridende. Som følge av dette går EMD inn på forskjellen mellom de to sakene. Det er ikke helt enkelt å få tak i hva som egentlig skiller de to sakene, men jeg tolker uttalelsene i avsnitt 23-25 som følger: Oliveira-saken er et typisk eksempel på at en enkelt handling innebærer flere forskjellige lovbrudd, dvs. ulikartet idealkonkurrens. Dette oppfyller ikke kravet i P7 art. 4 nr 1 om at vedkommende må være forfulgt for "same offence". Selv om ikke dette begrepet er gjengitt i konvensjonsteksten, mener EMD dette følger av begrepet "again". Imidlertid kan det som formelt fremstår som to ulike lovbrudd, ved en nærmere undersøkelse, vise seg å være det samme, fordi det ene lovbruddet inkluderer de samme rettsbruddene som det andre lovbruddet også inneholder. Som eksempel nevner EMD to lovbrudd hvorav den ene inneholder de samme elementer som den andre, pluss et tillegg.

Fischer var straffet to ganger for brudd på to straffebud som inneholdt "the same essential elements", jf avsnitt 31, og dette var i strid med bestemmelsen.

I Göktan-saken var begge sanksjonene ilagt på grunnlag av samme straffbare handling, som var ulovlig handel med narkotika. Men EMD kom til at det ikke var brudd på forbudet mot dobbel straffeforfølgning, fordi det forelå to forskjellige lovbrudd; brudd på narkotikaloggivningen og brudd på tolloven.

Dette viser at EMD trekker en grense tilsvarende det vi i norsk rett har mellom idealkonkurrens og sammensatt forbrytelse, jf kapittel 2.1.2. Imidlertid er det ikke sikkert den konkrete grensedragningen vil være den samme etter P7 art. 4 nr 1 som etter de norske rettskraftreglene. Men saken *Ponsetti and Chesnel mot Frankrike* kan tyde på at også EMD legger til grunn enn interesselære i dette spørsmålet, jf kapittel 4.3.1.

I *Tilleggsskatt II* uttaler førstvoterende at det ikke må være noen vesensforskjeller på straffebetingelsene i de to sanksjonsbestemmelsene, og begge lovbruddene må gjelde samme faktiske handling. Vurderingen må skje på grunnlag av en sammenligning av beskrivelsen av vilkårene for anvendelsen av sanksjonsbestemmelsene, jf side 567. Den

påfølgende konkrete sammenligningen i saken tyder på at dette omfatter både de objektive og subjektive vilkårene.

I *Dagpengekjennelsen* legger Høyesterett til grunn at det er den objektive gjerningsbeskrivelse som er vurderingstema, og tar ikke stilling til om også de subjektive vilkårene skal tillegges vekt. Dette fordi det ikke får betydning for rettens standpunkt i den konkrete saken, jf avsnitt 45.

I den siste kjennelsen om drukkenskapsloven § 17, jf kapittel 4.3.2.7, er det også de objektive gjerningsbeskrivelsene i straffebudene som er vurderingstemaet, jf avsnitt 22, og retten nevner ikke de subjektive vilkårene. Høyesteretts begrunnelse for at identitetskravet ikke er oppfylt, er at det er ”en vesensforskjell mellom bestemmelsenes 'essential elements',” og det henvises til Fisher-saken, jf kjennelsens avsnitt 27. Retten legger ikke vekt på at gjerningsbeskrivelsen i tiltaleposten er svært lik beskrivelsen i forelegget.

4.6 Kravet til gjentatt forfølgning

Det er på det rene at det ikke er noe krav om dobbelt straff isolert sett for å rammes av forbudet i P7 art. 4 nr 1, jf ”acquitted or convicted”. Det er tilstrekkelig at en person straffeforfølges, selv om dette ender med frifinnelse. På den annen side er det antagelig et krav om gjentatt forfølgning uavhengig av dobbel sanksjon. Dette kan utledes av uttrykket ”again in a” lest i sammenheng med resten av setningen. I praksis kan en person bli ilagt dobbel straff uten å ha blitt straffeforfulgt to ganger. I avgjørelsen i saken *R.T mot Sveits*, var EMDs begrunnelse for å avvise saken at det ikke forelå repetisjon av straffeforfølgningen, til tross for at klageren var ilagt to forskjellige sanksjoner for samme lovbrudd av to forskjellige myndighetsorganer. Begrunnelsen i avgjørelsen er svært knapp, men det ser ut til at den bygger på den ordning at myndighetene bare skulle fastsette reaksjonene, ikke foreta en fullstendig prøvelse av vilkårene. Dette har også støtte i ordlyden ”convicted” som innebærer skyldkonstatering.

Det synes altså som om EMD foretar en sontring mellom saker som innebærer prøvelse av vilkårene for skyld, og saker som bare inneholder en reaksjonsfastsettelse basert på den tidligere skyldkonstatering. I så fall blir dette et spørsmål om den første saken har positiv rettskraft i den nye saken, jf kapittel 2.1.1.

Formålet om å beskytte mot belastningen med å gjennomgå to prosesser taler for en slik tolkning, ettersom den nye saken da ikke innebærer en ny prøvelse av skyldspørsmålet.

Det ser ut til at Høyesterett har fulgt opp dette i *Fører kortdommen*. For det første mener retten denne saken skiller seg fra tilleggsskattesakene, fordi begge myndighetsorganene foretar en selvstendig bevisbedømmelse og skyldkonstatering i skattesakene. I saker med inndragning av førerkort blir det kun vedtatt en reaksjonsfastsettelse på grunnlag av straffedommen, jf side 1228. Den la vekt på systemet med at inndragningen er en obligatorisk følge av en fellende straffedom for bestemte overtredelser i vegtrafikkloven. Det foreligger derfor ingen gjentakelse av prosessen. Det ser ut til at Høyesterett begrunner denne vurderingen med dommen i saken *Philips mot Storbritannia*⁹¹, selv om denne gjaldt art. 6 i konvensjonen. I denne saken mente EMD at domfellelsen for en straffbar handling og etterfølgende inndragning av utbytte var én og samme ”criminal charge”, jf avsnitt 39.

Dersom det går lang tid mellom straffesaken og inndragningen, mener Høyesterett den domfelte har et tilfredsstillende vern mot dette i konvensjonens art. 6 nr 1, som setter krav til avgjørelse innen rimelig tid. Alternativt mener retten det på grunnlag av saken *R.T. mot Sveits* kan utledes et krav om ”samtidighet” for å ikke rammes av P7 art. 4 nr 1. Dette fordi avgjørelsene fattes av to ulike organer, som formelt innebærer to prosesser. Retten mener denne vurderingen må skje konkret i lys av formålet med regelen; lovovertrederens legitime interesse i å kunne legge en sak bak seg.

En annen side av kravet til gjentatt forfølgning oppstår i sammenheng med uttrykket ”finally”. Konvensjonsorganenes praksis gir ikke noe klart svar på hva som ligger i dette, men det er grunn til å anta at det er en henvisning til avgjørelsens formelle rettskraft etter intern rett, jf *Explanatory report*, avsnitt 29, hvor det henvises til avsnitt 22 som gjelder ”res judicata”. Dette leder til at for å oppfylle kravet til gjentatt forfølgning, må den første avgjørelsen være formelt rettskraftig før den andre begynner. Men bestemmelsen om rettskraft i EMK har ikke bestemmelser om litispendens, slik vi har i norsk rett. Verken forarbeidene eller praksis fra EMD gir noe svar på hvordan de to forfølgningene forholder seg til hverandre i tid.

⁹¹ Sak nr 41087/98.

Hvorvidt det er tilstrekkelig for å unngå forbudet i P7 art. 4 nr 1, at den nye forfølgningen er påbegynt før den sperrende avgjørelsen er formelt rettskraftig, ble tatt opp av Høyesterett i plenum i *Tilleggsuttalelse II*. Det følger av både flertallets og mindretallets votum at bestemmelsen ikke kan tolkes på denne måten, da en slik tolkning vil gi et meget begrenset vern mot dobbeltforfølgning, jf side 572 og 585.

Flertallet tok ikke stilling til om det var adgang til å fortsette saken hvis det ble truffet avgjørelse i første instans i en sak nr 2, før avgjørelsen i sak nr 1 ble endelig.

Mindretallet mente en slik situasjon ikke ble rammet av EMK bestemmelsen.

4.7 Avgjørelser som ikke innebærer frifinnelse eller domfellelse

Reglene i P7 art. 4 nr 1 regulerer ikke den situasjon at den første forfølgningen ender med henleggelse eller påtaleunntatelse. Dette er en avgjørelse påtalemyndigheten treffer, og formelt sett innebærer den ingen frifinnelse av siktede, med mindre saken er kommet så langt at hovedforhandlingen er begynt, jf kapittel 2.1. Dersom det gjelder en administrativ sak, er det eventuelt forvaltningsorganet som henlegger saken.

Ettersom forbudet i P7 art. 4 nr 1 også gjelder gjentatt forfølgning, taler dette for at både påtaleunntatelse, innstilt forfølgning og henleggelse bør innebære en ”frifinnelse” i konvensjonens forstand. Først da vil tiltalte være helt beskyttet mot å bli straffeforfulgt på nytt for samme forhold.

Dette reiser spørsmålet om unntaket i P7 art. 4 nr 2, jf ”reopening the case” også omfatter henlagte saker. Det vil føre for langt å gå nærmere inn på dette her, men hvis dette legges til grunn, vil en slik tolkning av P7 art. 4 nr 1 og 2 være i tråd med hovedregelen i norsk rett. Hovedregelen i norsk straffeprosess er et forbud mot dobbel straffeforfølgning, men for både henlagte saker og saker som er rettskraftig avgjort ved dom, er det unntak for dette i henholdsvis strpl § 74 og § 389 flg som langt på vei har samme vilkår som P7 art. 4 nr 2. Imidlertid gjelder disse reglene ikke på tvers av det formelle skille mellom sivile saker og straffesaker.

5 Konkurskarantene og rettskraftreglenes vilkår

5.1 Oversikt over vilkårene

I forrige kapittel har jeg tolket og fastlagt innholdet av reglene i P7 art. 4 nr 1. I dette kapitlet skal jeg undersøke hvorvidt vårt dobbeltsporede system med å ilegge konkurskarantene og straff for samme lovbrudd er omfattet av forbudet mot dobbel straffeforfølgning i EMK.

Vilkårene for dette kan oppsummeres som følger: Konkurskarantene må være omfattet av konvensjonens straffebegrep, jf kapittel 4.4. Karantenen og straffesaken må gjelde samme lovbrudd, jf kapittel 4.5, og det må avgrenses mot parallell forfølgning, jf kapittel 4.6. I tillegg må det undersøkes om forbudet også får anvendelse dersom saken henlegges uten at det avsies dom, jf kapittel 4.7.

Det er tolkning av straffebegrepet som utgjør kjernespørsmålet i denne sammenheng, og hovedvekten av drøftelsen blir lagt på dette vilkåret. Til slutt i dette kapitlet blir det trukket linjer til de norske rettskraftreglene, før jeg behandler eventuelle virkningene av dobbeltstraffbestemmelsen i kapittel 6.

5.2 Om konkurskarantene er straff etter EMK

5.2.1 Utgangspunkt

I norsk rett har spørsmålet om et tiltak er straff først og fremst hatt betydning i forhold til Grl. § 96. Denne bestemmelsen inneholder blant annet et strafferettslig legalitetsprinsipp som kan sammenlignes med EMK art. 7, og et krav om domstolsbehandling av straffesaker som også reguleres i EMK art. 6.

Når grensen mellom straff og andre reaksjoner skal fastsettes i praksis, har det vært vanlig å ta utgangspunkt i den tradisjonelle definisjonen på straff: ”Straff er et onde som staten tilføyer lovovertrederen på grunn av lovovertreddelsen, i den hensikt at han skal tilføyes et onde”.⁹² Denne definisjonen innebærer en avgrensning mot tiltak som tar sikte på å forebygge en fremtidig handling, for eksempel inndragning av førerkort og andre typer bevillinger.

Tiltak som har rene reparasjons- eller erstatningsformål er heller ikke straff, for eksempel de mange forskjellige former for avgifter forvaltningen kan ilegge som følge av lovbrudd.

Når det gjelder konkurskarantene, har Høyesteretts kjæremålsutvalg ved én anledning behandlet dette i forhold til straffebegrepet i EMK, og da i forhold til art. 6, jf Rt. 1996 side 591. Skyldneren hadde blitt ilagt karantene etter vilkårene i kkl § 142 første ledd nr 1, og karantenen omfattet både fremtidige og eksisterende verv, jf § 143 fjerde ledd. Karantenen var begjært både av boet og av påtalemyndigheten. Skyldneren anførte at konkurskarantene reelt sett var en dom på straff og for det første i strid med retten til uskyldspresumpsjon i art. 6 nr 2, fordi han kunne dømmes på grunnlag av skjellig grunn til mistanke. Videre ble det anført brudd på saksbehandlingsreglene i art. 6 nr 1 og nr 3 litra c om retten til å forsvare seg.

Til spørsmålet om konkurskarantene var straff, la Høyesteretts kjæremålsutvalg avgjørende vekt på lagmannsretten begrunnelse for å ilegge karantenen, som er å beskytte samfunnet for lignende opptreden fra vedkommende. Av den grunn mente utvalget reaksjonen ikke hadde tilstrekkelig pønalt innslag.

Selv om denne avgjørelsen ble avsagt før menneskerettsloven trådte i kraft, var saksbehandlingsreglene i tvistemålsloven begrenset av folkeretten, jf tvml § 36a. Spørsmålet er om den senere tids utvikling i EMD, og ikke minst utviklingen i Høyesterett de siste to-tre årene, nå ville ha medført et annet resultat i denne saken.

Retten til å drive næringsvirksomhet i vid forstand er en sivil rettighet. Utgangspunktet er derfor at administrativ fradømmelse av retten til å utøve næringsvirksomhet er omfattet av begrepet ”borgerlig rettigheter og plikter” i art. 6 nr 1. Dette har støtte i EMDs praksis.⁹³ Det samme gjelder den britiske CDDA, som ligner på vår konkurskarantene, se kapittel 5.2.4.1 nedenfor. Høyesterett har også i en helt ny kjennelse avgjort at dette også gjelder konkurskarantene.⁹⁴ I denne saken var skyldneren ilagt konkurskarantene etter kkl § 142 første ledd nr. 1. Selv om det primært var anført av skyldneren, tok ikke Høyesterett stilling til om ”ileggelse av konkurskarantene skal bedømmes som ’criminal charge’ i relasjon til artikkel 6 nr. 1.”

⁹² Rt 1977 side 1207

⁹³ Jf for eksempel sakene *König mot Tyskland* nr 6232/73 og *Tre Traktörer mot Sverige* nr 10873/84

⁹⁴ Jf HR 2002-00849 av 1. april 2003, avsnitt 31

Videre fremholt retten at denne avgjørelsen ”må i det minste anses å fastlegge ”civil righet and obligation”, og viste til en avgjørelse fra EMD om den britiske CDDA, jf avsnitt 31.

Skyldneren hadde ikke fått anledning til å uttale seg om saken og påberopte seg brudd på retten til kontradiksjon. Høyesterett mente retten til muntlig forhandlinger fulgte av art. 6 nr. 1, og opphevet kjennelsen.

Det må en nærmere vurdering til for å undersøke om konkurskarantene etter kkl § 142 også er omfattet av konvensjonens straffebegrep. Under henvisning til gjennomgangen ovenfor i kapitlene 4.4.3 og 4.4.4, er de relevante momenter for dette følgende:

- a. Hvordan sanksjonen er karakterisert i nasjonal rett
- b. Lovbruddets art
- c. Sanksjonens art og alvor

EMD har uttalt at de tre kriteriene er alternative, og ikke kumulative, men at dette ikke utelukker at en kumulativ vurdering kan foretas dersom hvert enkelt kriterium ikke er avgjørende for om det foreligger en straffesiktelse.⁹⁵ Slik jeg oppfatter dette, må lovbruddet og sanksjonen både vurderes hver for seg og i sammenheng. Men ett av kriteriene kan i seg selv gi tiltaket et så sterkt preg av å være strafferettslig, at dette er tilstrekkelig.

I tillegg til de ovennevnte *Engelkriteriene*, er det også relevant å se på saksbehandlingen i tilknytning til illegalsen og iverksettelsen av karantenen.

5.2.2 Nasjonal klassifikasjon

Statene står fritt til å bestemme hvilke klanderverdige handlinger som skal gjøres straffbare. Et lovbrudd eller en sanksjon som er klassifisert som strafferettslig i intern rett vil uansett være omfattet av konvensjonens straffebegrep. Dette innebærer for norsk rett at de sanksjoner som er nevnt i strl. §§ 15 og 16 uten tvil vil være omfattet av bestemmelsen. Men dersom situasjonen er motsatt, at staten avkriminaliserer en handling ved for eksempel å gjøre den til en administrativ overtredelse, vil bestemmelsen allikevel kunne få anvendelse. Dette har sammenheng med det autonome

⁹⁵ Jf Garyfallou AEBE mot Hellas, sak nr 18996/91, avsnitt 33.

tolkningsprinsipp, og begrunnelsen er at konvensjonens beskyttelsesformål ellers ville kunne bli illusorisk. Derfor er som nevnt den nasjonale rubriseringen kun et utgangspunkt for bedømmelsen, og utgjør bare ett av flere relevante omstendigheter.

Konkurskarantene etter kkl § 142 er ikke omfattet av de sanksjoner som formelt sett er straff i norsk rett. Spørsmålet er hvor i vårt sanksjonssystem konkurskarantene kan plasseres.

I forhold til vårt system med strafferettslig og sivilrettslig rettighetstap, faller konkurskarantene et sted imellom de to kategoriene, jf kapittel 2.2. Formelt sett er ikke konkurskarantene straff, og de straffeprosessuelle saksbehandlingsregler har hittil ikke fått anvendelse ved ileggelse av denne reaksjonen.

I forhold til de tre hovedkategorier av reaksjoner som er behandlet i konvensjonsorganenes praksis; de klare strafferettslige sanksjonene, administrative reaksjoner og disiplinære reaksjoner, er heller ingen av disse helt dekkende for denne særlige formen for rettighetstap. Men den kan sies å ha elementer av alle tre kategoriene i seg. For det første innebærer karantenen en reaksjon på et strafferettslig forhold når den ilegges etter det første alternative vilkåret. For det andre kan rettsvirkningene sammenlignes med administrativ inndragning av førerkort og andre bevillinger. For det tredje har reglene likhetstrekk med disiplinære reaksjoner når det gjelder tap av retten til å utøve en bestemt virksomhet.

I tilknytning til dette kriteriet, bør det få en viss betydning at lovgiver har valgt å klassifisere rettighetstap etter strl § 29 som straff, selv om denne reaksjonen har et annet primærformål enn de øvrige straffene i straffeloven, jf kapittel 2.2.3. Domstolene har flere ganger påpekt likheten mellom konkurskarantene og rettighetstap etter strl § 29.⁹⁶ Dette er etter min mening et argument for å tillegge dette kriteriet en viss betydning i favør av en strafferettslig karakteristikk. Men det har vært et rettspolitisk spørsmål om hvorvidt rettighetstap etter straffeloven *bør* være straff⁹⁷, og dette nedtone dette argumentet.

⁹⁶ For eksempel i Rt. 2002 side 789 og Rt 1996 side 905.

⁹⁷ Jf NOU 1983:57, kapittel 3.1.

5.2.3 Momenter i tilknytning til lovbruddet

5.2.3.1 *Vilkår om straffbar handling*

Konkurskarantene etter kkl § 142 første ledd nr 1 forutsetter en *straffbar handling*.

EMD har uttalt at hvor alvorlig handling det er snakk om, og graden av moralsk klanderverdighet, er relevant i denne vurderingen.⁹⁸

Det som er spesielt for vilkårene i kkl § 142 første ledd nr 1, er at den ikke inneholder en bestemt gjerningsbeskrivelse. Jeg har i kapittel 3.4.2 gjort rede for det omfang av forskjellige straffbare forhold som kan begrunne en karantene. Som denne gjennomgangen viser, har bestemmelsen en rekkevidde fra alvorlige forbrytelser som narkotikaomsetning og alvorlig miljøkriminalitet til de mindre alvorlige overtredelser av skatte- og avgiftslovgivningen, aksjelovgivningen, regnskapsregler m.v. Vilåårene omfatter straffebud både i den alminnelige straffeloven og i spesiallovene. Vi er altså i kjernen av strafferetten.

Når det gjelder vilkårene i kkl § 142 første ledd nr 2, er disse etter sin ordlyd av en annen karakter. Her er ikke utgangspunktet noen straffbar handling formelt sett, men gir anvisning på en vurdering av om det har foregått uforsvarlig forretningsførsel og skyldnerens skikkethet til å drive næringsvirksomhet. Dette kan innebære at det i forhold til straffebegrepet må foretas en sontring mellom disse to alternative vilkårene i bestemmelsen.

5.2.3.2 *Forholdet til disiplinære lovbrudd*

Et viktig moment for EMD når det gjelder lovbruddets art, har vært om bestemmelsen retter seg mot alle eller bare mot en begrenset gruppe personer med nærmere bestemt status, slik som for eksempel er tilfelle med disiplinære lovbrudd.

I saken *Weber mot Sveits*⁹⁹, som gjaldt art. 6, uttaler EMD at disiplinære reaksjoner i alminnelighet har som formål å garantere at medlemmer av særskilte grupper respekterer de regler som gjelder spesielt for dem, jf avsnitt 33.

⁹⁸ For eksempel *Campell og Fell mot Storbritannia*, sak nr 7819/77, avsnitt 73. Saken gjaldt disiplinærstraff i for innsatte i fengsel.

⁹⁹ Sak nr 11034/84.

Saken gjaldt en journalist som var saksøkt for ærekrenkelse og hadde brutt et forbud mot å offentliggjøre etterforskningsmateriale. For dette ble han ilagt en rettergangsbot. Ettersom lovbestemmelsen ikke var rettet spesielt mot dommere og advokater, men også mot partene i saken, fant EMD at dette ikke var en disiplinær sak, men en straffesiktelse.

Saken *Öztürk mot Tyskland*¹⁰⁰ gjaldt spørsmålet om en administrativ bot for trafikkforseelse var ilagt i strid med art. 6 nr 3 bokstav e). Her måtte altså EMD eksplisitt ta stilling til straffebegrepet, jf kapittel 4.4.4. I denne avgjørelsen ble det lagt vekt på at reaksjonen rettet seg mot alle og enhver som benyttet veiene, jf avsnitt 53.

Dette momentet ble også tatt opp i *Dagpengekjennelsen*. Retten trekker paralleller til rettighetstap etter strl § 29, men fremholder at ikke enhver administrativ avgjørelse om rettighetstap er å anse som straff. Imidlertid legger Høyesterett vekt på at utestenging etter sysselsetningsloven ”retter seg mot en ytelse som tilkommer alle borgere”, jf avsnitt 41.

I Engel-saken uttalte EMD på generelt grunnlag at disiplinære reaksjoner som utgangspunkt ikke er strafferettslig, men under visse forutsetninger vil visse lovbrudd allikevel kunne være strafferettslige og komme inn under art. 6, jf avsnitt 80. Denne uttalelsen isolert sett kan tyde på at det er selve lovbruddet som avgjør spørsmålet, og at dersom reaksjonen ilegges som følge av et strafferettslig lovbrudd, er reaksjonen å betrakte som straff etter art. 6. Denne saken gjaldt militær disiplinærstraff, og EMD la vekt på at lovbruddet var alvorlig.

Et synspunkt som har vært fremmet i norsk teori i denne sammenheng er at dersom forholdet alternativt kan straffes etter den alminnelige straffelovgivningen, tilsier dette at reaksjonen er straff, uavhengig av om en administrativ reaksjonsmåte er valgt.¹⁰¹ Antagelig må dette bygge på et synspunkt om at når reaksjonen blir ilagt som følge av et straffbart forhold, vil det føles som straff av den som rammes.

I plenumskjennelsen om tilleggsskatt inntatt Rt 2002 side 509, ble sammenhengen med reglene om forhøyd tilleggsskatt og den vanlige straffebestemmelsen, som har det

¹⁰⁰ Sak nr 08544/79

¹⁰¹ Slik All 2002 side 84.

samme objektive gjerningsinnhold, ansett som tungtveiende for at ordinær tilleggsatt var en straffesiktelse etter art. 6, jf side 522. Denne sammenhengen er etter min oppfatning enda sterkere for konkurskarantene etter det første vilkåret.

Mot dette kan det hevdes at de disiplinære reaksjonene konvensjonsorganene har behandlet i forhold til dobbeltstraffbestemmelsen, jf Kremzov-saken og Demel-saken omtalt i kapittel 4.3.1, også var en reaksjon for et straffbart forhold. Dette ble altså ikke vektlagt av EMD, som kom til at vilkåret om straff ikke var oppfylt. Men det synes som om et sentralt moment i EMDs begrunnelse var at disiplinærsaken ikke innbefattet en selvstendig vurdering av skyldspørsmålet, men baserte seg på den forutgående straffedommen. Dette kan tilsi at disse avgjørelsene ikke er relevante for saker om konkurskarantene.

Retten til å drive næringsvirksomhet i alminnelighet er også en rettighet som tilkommer alle borgere, og dette er etter min mening et vesentlig moment for å skille konkurskarantene fra det som EMD kaller disiplinære reaksjoner.

5.2.4 Momenter tilknyttet sanksjonen

5.2.4.1 Sanksjonens art og karakter

Generelt har domstolen uttalt at frihetsberøvelse normalt vil falle innenfor straffebegrepet, mens disiplinærstraffer, som suspensjon og advarsel, normal vil falle utenfor.¹⁰²

Den virkning konkurskarantene reglene har for skyldneren er isolert sett et sterkt moment mot at konkurskarantene er straff. Mens tilleggsatt og andre administrative avgifter langt på vei kan sammenlignes med strafferettslige bøter, er fradømmelse av retten til å drive næringsvirksomhet et typisk administrativt tiltak som først og fremst har tilknytning til næringsforvaltning. Også konvensjonsorganenes praksis kan anføres som argument for at denne reaksjonstypen ligger utenfor det som tradisjonelt regnes som straff. I saken *Tre Traktøren AB mot Sverige*, vurderte EMD inndragning av skjenkebevilling blant annet etter art. 6 nr. 1, og kom til at tiltaket ikke var omfattet av ”its criminal aspect”. I begrunnelsen ble det uttalt at selv om inndragning er en streng reaksjon, har det ikke karakter av straff, selv om den var knyttet til innehaverens

oppførsel i spørsmålet om han var skikket til å selge alkoholholdig drikkevarer, jf avsnitt 46.

Et mer nærliggende eksempel er det britiske Company Directors Disqualification Act 1986 (CDDA) som ligner på vår konkurskarantene, jf kapittel 2.5.5.

Saken *D.C., H.S. og A.D. mot Storbritannia*¹⁰³ gjaldt brudd på art. 6, 8 og 13, samt P1 art. 1. I forhold til art. 6 var klagerens påstand at saken gjaldt både avgjørelse av borgerlige rettigheter og plikter og straffesiktelse i art. 6, og at det var brudd på retten til rettferdig rettergang. Dette hadde tilknytning til bevisførselen og forbudet mot selvinkriminering. Videre ble det anført brudd på bestemmelsen om uskyldspresumpsjon i art. 6 nr 2 og kontradiksjonsprinsippet i art. 6 nr 3.

EMD slo først fast at CDDA bestemmelsen var omfattet av borgerlige rettigheter og plikter i art. 6 nr 1 og begrunnet dette med tidligere rettspraksis. Til spørsmålet om forholdet også var omfattet av straffebegrepet, tar den utgangspunkt i de tre *Engelkriteriene*. Konkret mener EMD at lovbruddet er klassifisert som en sivil sak i intern rett, og tilføyer at diskvalifikasjon av direktører dypest sett er en administrativ sak, jf ”inherently a regulatory matter”. Om selve sanksjonene uttaler EMD at dette verken er en bot eller fengsel, men ”a prohibition on acting as a company director without the leave of the court.”

Det er verdt å merke seg at EMD konkluderte med at ingen av de tre kriteriene indikerte at saksøkeren var strafferettslig siktet, og den vurderte også saksbehandlingen i denne saken til ikke å være av en strafferettslig karakter.

Denne form for rettighetstap i britisk rett er kanskje det nærmeste vi kommer våre konkurskaranteneregler. Bestemmelsen omfatter direktører i selskap som kommer inn under insolvensbehandling, og reaksjonen går ut på at vedkommende blir fratatt retten til å inneha ledende stillinger m.v. i andre selskap.

Likheten mellom den britiske CDDA og vår konkurskarantene kan umiddelbart oppfattes som et viktig moment i favør av at den norske bestemmelsen heller ikke er en

¹⁰² Danelius 2000, side 136

¹⁰³ Sak 39031/97

strafferettslig sanksjon. Det bør også påpekes at i ovennevnte avgjørelse måtte EMD ta stilling til straffebegrepet eksplisitt.

Dette forhøyer rettskildeverdien i forhold til de saker hvor klager bare har påberopt seg reglene i art. 6 nr 1, jf kapittel 4.4.4.

På samme måte som hos oss er forholdet klassifisert som sivilrettslig i britisk rett.

Dessuten har den strengere virkninger for skyldneren, minimum 2 år og maksimum 15 år. Imidlertid er det en vesentlig og sentral forskjell i vilkårene, som etter min oppfatning reiser spørsmål om saksforholdet er tilstrekkelig sammenlignbart med den norske konkurskarantenen.

Etter den britiske bestemmelsen, skal retten kun vurdere om den opptreden vedkommende har utvist som direktør for selskapet, gjør ham uegnet til å lede et selskap i fremtiden, jf section 6. Det er altså ikke noe krav om straffbar handling, og dette reduserer det straffende preget. Dette kan være årsaken til at EMD kom til at ingen av de tre kriteriene indikerte en strafferettslig siktelse. I realiteten er vilkårene i CDDA tilnærmet lik vilkårene i kkl § 142 første ledd nr 2.

Denne forskjellen jeg her har pekt på, medfører, etter min oppfatning, at den britiske bestemmelsen er langt mindre blamerende og straffende i sin karakter enn den norske konkurskarantenen.

Selv om tap av retten til å drive næringsvirksomhet er en annen type reaksjon enn de tradisjonelle straffene, vil det føles som en straff for den det gjelder.

Konkurslovutvalget anser konkurskarantene som et alvorlig inngrep i den personlige handlefriheten.¹⁰⁴ Dette er også hovedbegrunnelsen for at Straffelovkommisjonen mener rettighetstap etter strl § 29 fortsatt skal være straff.¹⁰⁵

I denne sammenheng må det tilføyes at mens rettighetstap etter strl § 29 kun innebærer fradømmelse av retten til all ervervsutøvelse, har konkurskarantene en vesentlig begrenset rekkevidde. Den gjelder ikke ansvarlig selskap eller personlig næringsvirksomhet, der vedkommende har et ubegrenset ansvar. På den annen side

¹⁰⁴ NOU 1993:16, side 87.

¹⁰⁵ NOU 1983:57, kapittel 31.

innebærer karantene en fradømmelse av *alle* stillinger og verv, mens rettighetstap etter strl § 29 er begrenset til en bestemt stilling eller et bestemt yrke.

5.2.4.2 Særlig om administrativ inndragning i norsk rett

Selv om likheten med rettighetstap etter strl § 29 er et argument for at konkurskarantene reelt sett er en strafferettslig reaksjon, kan det også hevdes at konkurskarantene også har mye til felles med administrative rettighetstap, og derfor ikke bør karakteriseres som straff. Jeg viser her til oversikten over rettighetstap som ikke er straff i kapittel 2.2.

Motsatt kan det argumenteres for at dersom rettighetstap etter strl § 29 er straff, og konkurskarantene er straff, må også de administrative rettighetstapene være straff. I så fall vil vårt system med administrative rettighetstap, kombinert med straffeforfølgning, som praktiseres på svært mange forvaltningsområder, være i strid med P7 art. 4 nr 1.

På den ene siden kan det fastslås at administrativ inndragning av ulike bevillinger faller inn under det EMD betegner som disiplinære reaksjoner, fordi det gjelder brudd på regler som nettopp retter seg mot bestemte grupper. Men problemet er når inndragningen skjer som følge av brudd på straffebestemmelser som retter seg mot alle, for eksempel dersom en advokat gjør seg skyldig i bedrageri eller forfalskning.

Ovennevnte eksempler fra EMDs praksis er ikke entydig på dette punktet.

Dette reiser spørsmålet om det er relevante forskjeller mellom konkurskarantene og administrativ inndragning av bevillinger etc. som kan tilsi en forskjellsbehandling når det gjelder straffebegrepet i EMK.

Det karakteristiske for konkurskarantene er at den knytter seg til selskapsformen, ikke til bestemte næringsformer, som er tilfelle med administrative rettighetstap.

Ved inndragelse av bevillinger og tillatelser, er det den samme forvaltningsmyndighet som opprinnelig har funnet vedkommende skikket til å utøve en bestemt virksomhet, som har kompetanse til å trekke bevillingen tilbake. Beslutningen fattes av et administrativt myndighetsorgan, som i de fleste tilfeller består av personer med fagkompetanse på det området det gjelder, for eksempel kredittilsynet ved inndragning av revisjonsbevilling. I realiteten er dette forvaltning av konsesjoner og tillatelser på bestemte næringsområder. Dette gir slike inngrep preg av å være rent administrativt og ikke strafferettslig.

I Norge er utgangspunktet at alle myndige borgere har rett til å stifte selskap eller ha slik tilknytning som kkl § 142 sjette ledd nevner. Derfor er ikke konkurskarantene en tilbakekalling av en tidligere gitt tillatelse. Dessuten blir karantene ilagt av den samme domstol som behandler straffesaker.

De forskjeller jeg her har pekt på mellom administrativ inndragning av bevillinger og tillatelser etter spesiallovgivningen og konkurskarantene, mener jeg er relevante argumenter mot å betrakte dette under ett.

5.2.4.3 Sanksjonens formål

Det formål sanksjoneringen av forholdet skal fremme har også betydning for tolkning av straffebegrepet, jf ”the nature and purpose of the measure in question”, Welch-saken, avsnitt 28.

I *Tileggsskatt II* åpner som nevnt Høyesterett for at dobbeltstraffbestemmelsen kanskje ikke omfatter sanksjoner som i første rekke har en ”avvergende eller forebyggende” hensikt, jf side 569. Hovedbegrunnelsen for konkurskarantene er nettopp å avverge såkalte konkursgjengangere, og dette kan være et sterkt moment for at konkurskarantene ikke har et tilstrekkelig straffende formål til å rammes av bestemmelsen.

Problemet med de administrative eller sivile reaksjonsformene er at de gjerne er begrunnet med en kombinasjon av flere formål, jf kapittel 2.2.1. Det kan hevdes at et minstekrav for en strafferettslig klassifisering er at hovedformålet er pønalt, i betydningen straff som et onde og et signal om samfunnets fordømmelse.

Imidlertid har det funnet sted en utvikling i samfunnet når det gjelder synet på straff, og det er ulike oppfatninger om hva som egentlig er begrunnelsen for å straffe. Det synes også å være noe uklart hva som ligger i begrepet ”pønalt” eller ”straffende”. Det er også uklart hvordan man fastslår hva som er formålet med et tiltak.

Uansett er det et utgangspunkt at sanksjonen må ha et tilstrekkelig ”pønalt” formål for å karakteriseres som straff, og dette omtales vanligvis som at tiltaket er *avskrekkende* og *straffende*.

Når man i et moderne samfunn har forlatt tanken om hevn og gjengjeldelse til fordel for ideen om at straff skal forebygge straffbare handlinger både individuelt og allment, mener jeg det kan hevdes at et *straffende* formål ikke har mer selvstendig betydning enn at tiltaket er en reaksjon på en klanderverdig opptreden. I dette ligger det et signal om

samfunnets misbilligelse eller eventuelt fordømmelse av handlingen. Dette innebærer at et rent beskyttelsesformål, som for eksempel inndragning av førerkort av helsemessig årsaker etter vtrl § 34, faller utenfor dette formålet. Men bortsett fra denne type reaksjoner, kan de fleste administrative reaksjonsformer i vårt rettssystem nettopp oppfattes som en reaksjon på et klanderverdig forhold. Når en handling blir gjort ulovlig, er det fordi man nettopp ønsker å beskytte samfunnet og borgerne mot handlingen. Indirekte er det da klanderverdig å forsettelig eller uaktsomt bryte lovforbudet, fordi dette kan ramme de interessene forbudet skal beskytte.

Det *avskrekkende* formål skal medvirke til at folk avstår fra den aktuelle handlingen eller skjerper aktsomheten for å unngå lovbrudd. Til og med privatrettslig erstatning, er antatt å ha en avskrekkende virkning i tillegg til å kompensere skadelites tap. De fleste former for offentlige gebyrer og avgifter har et kompensasjonsformål i tillegg til et avskrekkende formål.

Et problem i tilknytning til prevensjon som begrunnelse, er at det synes som om det både i teori og praksis foretas en sontring mellom allmennprevensjon og individualprevensjon. At allmennprevensjon er et grunnleggende element i straffen er det antagelig full enighet om. Straffetrusselen i seg selv skal være avskrekkende, og det er også antatt at den har holdningsskapende virkning. Men når tiltakets preventive virkning bare er rettet mot den som er ansvarlig for den klanderverdige handlingen, er ikke tiltaket like opplagt en straff. En ting er at et tiltak som virker avskrekkende på folk generelt også kan virke avskrekkende individuelt. Men når reaksjonen er ment å skulle beskytte samfunnet mot at vedkommende på ny utfører lovbrudd, er det i flere sammenhenger uttalt at tiltaket ikke har et pønalt formål og derfor ikke er straff. Det har blant annet vært hevdet at inndragninger av ulike bevillinger på grunn av straffbare forhold, kan vise at vedkommende er uegnet til å inneha den aktuelle bevillingen. Men inndragningen har ikke primært et straffende formål.¹⁰⁶

Selv om rettighetstap etter strl § 29 formelt er straff, har lovgiver gjennom mange år gitt uttrykk for tvil om hvorvidt rettighetstap etter strl § 29 bør være en straff. Dette fordi reaksjonens formål ikke er å straffe, men å hindre fremtidige lovbrudd, jf kapittel 2.2.3. Hensikten med rettighetstap etter strl § 29 taler for at rettighetstap ikke bør idømmes av

¹⁰⁶ Jf Strandbakken 2002, side 388

allmennpreventive grunner, og i forarbeidene fremkommer det uttalelser som gir uttrykk for dette. Allikevel skjer dette i praksis.¹⁰⁷

I *Fører kortdommen* kom retten til at inndragning av førerkort som følge av etterfølgende alkoholinntak er straff etter EMK.

Retten viste først til de ulike typetilfellene for inndragning av førerkort, som spenner fra rene helsemessige hensyn til domfellelse for biltyveri eller bilbrukstyveri. Når det gjelder etterfølgende alkoholinntak, mente retten at parallellen til rettighetstap etter straffeloven §§ 29 nr 2 ikke var fjern. Mot dette var retten enig med staten om at ”trafikksikkerheten også er et hensyn ved inndragning med hjemmel i vtrl § 33 nr 1.” Men retten så annerledes på etterfølgende alkoholnyttelse, fordi ”konsum etter avsluttet kjøring klart nok ikke [er] noen ulykkesfaktor i trafikken”. Med andre ord ser det ut til at Høyesterett åpner for at inndragning som følge av promillekjøring eller fartsoverskridelse ikke behøver å være straff, fordi trafikksikkerhetsformålet er det dominerende hensyn. Dette er altså den samme vurderingen som ligger til grunn for det synspunkt at rettighetstap etter strl § 29 heller ikke bør være straff.

Retsspørsmålet i dommen ble ikke løst på grunnlag av straffebegrepet, og Høyesteretts syn på trafikksikkerhetshensynet er en såkalt sidebemerkning. Det blir et rettskildeteoretisk spørsmål om denne uttalelsen kan tillegges særlig vekt i vurderingen av straffebegrepet på et mer generelt grunnlag. Ettersom saksforholdet heller ikke er det samme, mener jeg denne uttalelsen ikke kan tillegges vekt av betydning.

I *Inndragningskjennelsen* kommer retten til at inndragning av gjenstand som har vært brukt i forbindelse med en straffbar handling ikke er straff fordi det ”avvergende element er dominerende” på bekostning av ”elementet av straff”, som retten mener er beskjedent. Hensikten med inndragningen etter strl § 35 annet ledd er å forhindre at gjenstanden på nytt blir benyttet i en straffbar handling.

Hensikten med de tiltak som har et beskyttelsesformål er gjerne å uskadeliggjøre lovbrøyteren for en periode, noe som også ligger bak fengselsstraff og annen frihetsberøvelse. Antagelig må synspunktet være at den siden av individualprevensjonen som gjelder samfunnsbeskyttelse, ikke i seg selv har tilstrekkelig

¹⁰⁷ Jf Bratholm 1980, side 536

straffende formål. I så fall må det bero på at man mener samfunnets fordømmelse ikke gjør seg gjeldende i slike saker, og derfor faller dette utenfor en strafferettslig karakteristikk. Problemet med dette er at allmennprevensjon også bygger på samfunnsbeskyttelse. Hele straffesystemet bygger på tanken om å beskytte samfunnet mot kriminalitet. Jeg har derfor vanskelig for å forstå argumentet om at et samfunnsbeskyttende formål ikke også kan være et straffende formål, når det gjelder sanksjonering av en lovovertrедelse. En annen sak er at det ut fra slike betraktninger vil være svært vanskelig i det hele tatt å trekke noen grense mellom straff og sivile reaksjoner, noe som kan få omfattende konsekvenser for forvaltningen av hele sanksjonssystemet.

I Welch-saken går EMD nærmere inn på det den betegner som ”punitive purpose”, jf avsnitt 30. Saken gjaldt en ”confiscation order” vedrørende utbytte fra narkotikaomsetning, etter en bestemmelse som hadde trådt i kraft noen måneder etter den straffbare handlingen hadde funnet sted. Problemstillingen var om dette var straff, og da i strid med tilbakevirkningsforbudet i art. 7. Staten hadde anført at formålet med bestemmelsen om inndragning var todelt; å frata personen det ulovlige utbytte fra narkotikaomsetningen, og eliminere muligheten for at disse verdiene kunne settes inn i narkotikahandelen. Til dette uttalte EMD at selv om et tiltak vesentlig er begrunnet med et preventivt og reparativt formål, kan en ikke se bort fra at en slik inndragning også har et pønalt formål. Den fremholdt at egentlig er både prevensjon og reparasjon i overensstemmelse med et pønalt formål, og kan betraktes som bestanddeler i straffens begrunnelse.

Det kan synes som om Høyesterett i *Dagpengekjennelsen* kommer med lignende synspunkter. Der ble det fra påtalemyndighetens side anført at tiltaket også var begrunnet i andre hensyn, blant annet å forebygge fortsatt misbruk og å motivere arbeidsledige til å komme i inntektsgivende arbeid igjen. Dette mente retten ”inngår i individualpreventive hensyn som ligger til grunn for straffereaksjoner mer allment.” Retten var allikevel enig i at formålet ikke er udelt pønalt, men la vekt på at dette ”fremstår som det helt dominerende formål med sanksjonen”, jf avsnitt 37.

EMDs praksis viser at trafikksikkerhetsformål i seg selv ikke gjør at tiltaket faller utenfor en strafferettslig sfære. I saken *Öztürk mot Tyskland*, var forholdet klassifisert som ordensforseelse i tysk rett, og tiltaket hadde et trafikksikkerhetsformål i tillegg til et

pønalt og avskrekkende formål. EMD kom til at det var strafferettslig forhold etter art. 6 nr 3.

En side av reglene med tilleggsskatt er kostnadskompensasjon for de utgifter skattyteren påfører det offentlige ved mangelfulle opplysninger. Allikevel var Høyesterett av den oppfatning når det gjaldt ordinær tilleggsskatt i forhold til art. 6 nr. 1 at ”det er i effektivisering av opplysningsplikta at reaksjonen har sitt viktigaste foremål. Reglane inneheld [...] i stor grad straffande sanksjonar mot klanderverdige handlemåtar.” jf tatt i Rt. 2002 side 509 på side 521. Retten kom til at tiltaket var straff etter EMK.

Denne avgjørelsen tyder på at et tiltak som har et straffende formål av en viss styrke, i kombinasjon med et annet formål, for eksempel prevensjon eller reparasjon, er innenfor konvensjonens straffebegrep.

Det kan ikke utledes av lovteksten hvilke formål reglene om konkursskarantene skal fremme. Som følge av at norsk lovgivning bygger på en syntetisk og ikke en kasuistisk metode, blir uttalelser i forarbeidene langt mer vektlagt i norsk rettsanvendelse enn det som er vanlig i enkelte andre land. Særlig gjelder dette lovgivers uttalelser om bestemmelsens formål.

Når det gjelder reglene om konkursskarantene, har vi også en spesiell form rettskilder i form av etterarbeider. Dette er en innstilling fra Konkurslovutvalget nesten tjue år etter at reglene ble vedtatt, og er basert på en undersøkelse om hvorvidt virkningene har vært som forutsatt.¹⁰⁸

Tradisjonelt i norsk rett har ikke etterarbeider den samme rettskildevekt som forarbeider i lovtolkningen. Det er derfor et usikkert spørsmål om disse uttalelsene fra lovgiverhold kan tillegges vekt i vurderingen av straffebegrepet.

Det er i denne sammenheng fristende å vurdere karantenereglens begrunnelse i et retts sosiologisk perspektiv, og da i forhold til reglenes mer eller mindre uttalte latente virkninger.¹⁰⁹

¹⁰⁸ NOU 1993:16, kapittel 12.

¹⁰⁹ Mathiesen 1997, som på side 37 hevder at overgangen mellom det tilsiktede og det utilsiktede kan være uklar, og det er ofte spørsmål om gradsforskjeller.

Forarbeidenes klart uttalte hovedformål er samfunnsbeskyttelse, som er en side av et individualpreventivt formål. Men den allmennpreventive effekten ble ansett som en ønsket sidevirkning, jf kapittel 3.2.

I Konkurslovutvalgets revisjon og Justisdepartementets utredning fra 1998¹¹⁰, kan det se ut til at spørsmålet om reglens virkning i det enkelte tilfellet, og problemet med såkalt stråmannsvirksomhet, er nedtonet. Det synes som den primære begrunnelsen for å opprettholde reglene, til tross for utvalgets innstilling om å fjerne hele konkurskaranteninstituttet, er reglens allmennpreventive effekt i forhold til konkursskriminalitet og uønsket forretningsførsel. Jeg mener dette kommer til uttrykk i uttalelsen om at ”karantenereglene kan ha en viktig *signaleffekt* i en tid hvor det er stadig større oppmerksomhet omkring bekjempelsen av økonomisk kriminalitet, herunder i forbindelse med konkurs.”, jf utredningens kapittel 12.4. Lengre ut i dette kapittelet fremgår det at departementet mener det generelt er uheldig at samfunnet, ved å fjerne karanteneinstituttet ”vil få reduserte muligheter til å reagere mot konkursmisligheter og annen uønsket forretningsførsel.”

Det kan slås fast at reglene om konkurskarantene har et klart uttalt preventivt formål, både generelt ved å virke avskrekkende for andre, og individuelt ved å hindre den aktuelle skyldneren i å bli en konkursgjenganger.

Fra et rettssosiologisk ståsted kan det spørres om en latent ønsket sidevirkning nettopp har vært å ha en ekstra sanksjon i tillegg til ordinær straff, for å kunne reagere mot klanderverdig opptreden før og under konkurs. Justiskomiteens kommentarer i forbindelse med tolkning av begrepet ”straffbare handlinger” i kkl § 142 første ledd nr 1, kan være et argument for dette. Der fremgår det at:

”Konkurskarantene skal være en reaksjon mot straffbare (eller uforsvarlige) handlinger som fører til insolvens og konkurs, eller som har direkte tilknytning til konkursen...”¹¹¹

En gjennomgang av kjennelser fra skifteretten og lagmannsretten, viser at reglene praktiseres forskjellig når det gjelder vektlegging av formålet. Dels ser retten bort fra

¹¹⁰ Ot.prp. nr 26 (1998-99)

¹¹¹ Innst.O.nr 56 (1983-84) side 17

formålet med å hindre konkursgjengangere og legger vekt på lovbruddets alvor og graden av bebreidelse.

Et eksempel fra lagmannsretten gjaldt en styreformann som ble ilagt karantene også med virkning for eksisterende verv.¹¹² Retten mente reaksjonen ikke var noe uforholdsmessig inngrep, fordi ”mistanken mot ham gjelder forholdsvis alvorlige straffbare forhold, og de har pågått over lang tid. [...] Det må dessuten tillegges vekt at han har vært lite samarbeidsvillig under bobehandlingen.”

I andre avgjørelser er formålet om å hindre konkursgjengangere avgjørende for at karantene ikke ilegges, selv om vilkårene er oppfylt. Et eksempel på dette er at en kjennelse i skifteretten ble opphevet av lagmannsretten fordi skyldneren ikke tidligere hadde vært involvert i konkurs. Retten uttalte at: ”behovet for å unngå konkursgjengangere, synes derfor ikke å begrunne karantene i denne saken.”¹¹³

I en ganske ny avgjørelse fra Borgarting lagmannsrett, ble karantenekjennelsen opphevet fordi skylderen etter retten mening ikke fremtrådte som ”konkursgjenganger”.¹¹⁴

Rettspraksis er sprikende på dette punktet, og det er vanskelig å trekke ut noen konklusjon fra disse avgjørelsene om tiltakets formål. Det er da ikke annet å holde seg til enn uttalelsene i forarbeidene, hvor det klart gis anvisning på individualprevensjon i form av samfunnsbeskyttelse og allmennprevensjon i form av skjerpet aktsomhetsplikt blant næringsdrivende.

Konkurskarantene inneholder altså en kombinasjon av formål; samfunnsbeskyttelse og allmennprevensjon, og muligvis også et uutalt straffende formål. Det er vanskelig å forutsi hva som kan komme til å veie tyngst, og dette kan bero på det utgangspunkt eller synsvinkel man velger å legge til grunn. Dersom det legges avgjørende vekt på samfunnsbeskyttelse, kan den praksis som nå foreligger tyde på at dette vil tale mot at konkurskarantene er straff. Under enhver omstendighet vil dette bli en vurdering som vil måtte bero på hvordan de ulike reelle hensyn vektlegges, jf nedenfor i kapittel 5.2.6

¹¹² LB-2001-00587

¹¹³ LE-1999-00269

¹¹⁴ BL-2002-00237

Agder Lagmannsrett har i en kjennelse av 10. desember 2002 avvist en straffesak om et forhold tiltalte tidligere var ilagt karantene for etter kkl § 142 første ledd nr 1. Det fremheves at utgangspunktet for karantenen er en straffbar handling, og at både konkursboet og påtalemyndigheten har rett til å opptre som part. Videre påpekes likheten med rettighetstap som straff. Retten mener sanksjonen er inngripende og det at den publiseres blir ansett som belastende. Når det gjelder formålet, mener retten at å hindre den enkelte å sette i gang ny virksomhet og den generelt avskrekkende virkningen har nær sammenheng med andre straffereaksjoner.

Påtalemyndigheten har påkjært kjennelsen videre, og saken er berammet til hovedforhandling i Høyesterett i begynnelsen av september 2003.

Eidsivating Lagmannsrett har i minst tre kjennelser den siste tiden kommet til motsatt konklusjon. I dommen fra 11. september 2002¹¹⁵ mente retten at konkursskarantene ikke er en reaksjon med et slikt innhold at en senere dom vil være dobbeltstraff etter EMK tilleggsprotokoll 7 art. 4, og forkastet denne delen av anken. Det synes som om retten har lagt vekt på konkursskarantenens samfunnsbeskyttende formål, samt det at karantenetiden er relativt kort, og at den kun innebærer tap av retten til å drive næring i selskapsform. Også denne kjennelsen er påkjært.¹¹⁶

Disse avgjørelsene fra lagmannsretten kan ikke sies å ha noen rettskildeverdi når det gjelder dette prinsipielle spørsmålet, og er her kun tatt med som illustrasjon.

5.2.4.4 Forskjellen mellom de to alternative vilkårene for karantene

I hvilken grad formålet får betydning i karantenesaken, er - i alle fall teoretisk sett - avhengig av hvorvidt karantenen ilegges etter det første eller andre alternative vilkåret i kkl § 142 første ledd.

Når det gjelder bestemmelsen i alternativ nr 2, gir denne anvisning på en vurdering av om det har foregått uforsvarlig forretningsførsel og skyldnerens skikkethet til å drive næringsvirksomhet. Ettersom dette vilkåret i vesentlig grad er basert på en skjønnsmessig vurdering, vil formålet om å beskytte næringslivet for fremtidige

¹¹⁵ LE 2002-00116

¹¹⁶ Jeg viser også til LE 2002-00570 og LE 2002-01027

handlinger være relevante momenter i lovtolkningen. Det tolkningsresultat som best ivaretar formålet bør velges.

Vilkårene i nr 1 gir ikke på langt nær så stort rom for å anvende egne vurderinger i rettsanvendelsen, ettersom kravet til straffbar handling forutsetter en streng ordlydstolkning av de aktuelle straffebudene. Riktignok er det slik at i den rimelighetsvurderingen retten uansett skal foreta etter bestemmelsens annet ledd, får formålet betydning. Men dette kan langt på vei sammenlignes med straffeutmålingen i en straffesak. For det første er det i kkl § 143 annet ledd en henvisning til ”forholdene for øvrig”, og det er rimelig å anta at dette innebærer at det kan tas hensyn til allmennprevensjon og individualprevensjon, når dette er uttalte formål i forarbeidene. For det andre må ”skyldnerens handlemåte” kunne oppfattes som en henvisning til et forholdsmessighetsprinsipp mellom den straffbare handlingen og den straff som utmåles.

Antagelig kan det sies at mens vilkåret i nr 1 retter seg bakover i tid, for å vurdere det klanderverdige i lovbruddet som er begått, vil vilkåret i nr 2 i større grad være rettet fremover i tid, og da som en risikovurdering. Det viktige da blir ikke å reagere mot den klanderverdige handlingen som har funnet sted, men i hvilken grad det er sannsynlig at skyldneren vil bli en gjenganger i konkurssammenheng. Med andre ord kan det hevdes at det pønale formålet får større plass ved anvendelsen av det første vilkåret, og beskyttelsesformålet får større plass ved anvendelsen av det andre vilkåret. Det kan derfor være større grunn til å mene at karantene ilagt etter alternativ 1 er straff, enn det som vil være tilfelle for alternativ 2.

5.2.4.5 Sanksjonens strenghet

Generelt kan det anføres at begrensninger i borgernes ervervsutøvelse er et inngrep av stor betydning for de fleste. Hvor hardt det rammer den enkelte konkret, vil bero på en rekke ulike omstendigheter. Men ofte vil nok mange oppleve karantenen som et større onde enn den boten mange av de aktuelle straffebestemmelsene hjemler. Noen få dagers fengselsstraff, som ofte gjøres betinget, vil for mange antagelig være mindre tyngende praktisk sett, enn to års karantene.

Loven foreskriver to forskjellige omfang av karantenen, jf kapittel 3.4.5. Den utvidede karantenen som rammer skyldnerens eksisterende verv, er ansett å være en strengere reaksjon enn den ordinære, som bare gjelder for fremtidige verv.¹¹⁷ I praksis er som regel vedkommendes ervervsvirksomhet knyttet til det selskap som går konkurs, og det er da kun dersom skyldneren har verv i andre selskap, at han ikke står helt uten virksomhet. En utvidet karantene etter bestemmelsens fjerde ledd innebærer at også denne muligheten faller bort, vedkommende blir da både fradømt eksisterende og fremtidige verv. Det er denne reaksjonen tiltalte risikerer dersom vilkårene etter første alternativ er oppfylt, jf Engel-saken, avsnitt 82. Med andre ord er det den strengeste reaksjonen skyldneren kan risikere, som skal vurderes under dette kriteriet.

Den virkning karantenen innebærer for konkursdebitor har to sider, en praktisk og en følelsesmessig side. De praktiske konsekvensene gjelder inntektsmuligheter, den andre siden gjelder den blamerende eller stigmatiserende følelsen et slikt inngrep kan medføre. Dersom man ser bort fra ulovlig omgåelse i form av stråmannsvirksomhet etc., blir vedkommende i realiteten fradømt sitt arbeid og i utgangspunktet sin inntektsmulighet. Denne siden av alvorlighetsgraden taler for at karantene er straff. Et vesentlig moment mot dette er at karantenen er begrenset til virksomhet i selskapsform. Men for det profesjonelle styremedlem, er dette en mager trøst. Her blir karantenen i realiteten et yrkesforbud. Men mange yrkesgrupper, for eksempel håndverkere, vil ofte kunne starte som selvstendig næringsdrivende. Praktiske hindringer vil eventuelt være finansieringsmulighetene, eller at vedkommende ikke ser seg i stand til å påta seg personlig risiko. De konkrete virkningene er så forskjellig i de ulike tilfellene, at det er vanskelig å trekke noen generelle slutninger av dette momentet.

Restaurantbransjen er særlig utsatt for konkurs. Dette er en bransje med særlig sterk konkurranse, og som er svært følsom for konjunktursvingninger. Det er relativt høye etableringskostnader forbundet med det å starte serveringssted, blant annet på grunn av pålegg fra næringsmiddeltilsynet og arbeidstilsynet. Disse faktorene samlet sett kan ofte forklare de mange konkursene i denne bransjen. Selv om en konkursskarantene ikke rammer den personlige næringsdrivende, vil det å etablere seg på nytt, uten et begrenset ansvar, ofte ikke være et reelt alternativ. I en konkurssituasjon har som regel de

¹¹⁷ Jf. Innst.O.nr 56 (1983-84) side 17

ansvarlige allikevel måttet påta seg store personlige gjeldsforpliktelser og garantier, og det er lett å tenke seg at de økonomiske konsekvensene kan bli enorme, når disse mister sine inntektsmuligheter.

Når det gjelder den mer følelsesmessige siden, kan karantenen langt på vei sammenlignes med rettighetstap etter straffeloven. Det blamerende elementet, eller den sosiale fordømmelse, vil nok neppe være svakere her enn ved rettighetstap etter strl § 29. Virkningen kan til og med kjennes sterkere, fordi karantenebeslutningen offentliggjøres i konkursregistret, noe som ikke er tilfelle for straffedommen. Denne siden av sanksjonens alvorlighetsgrad må etter min oppfatning være et sterkt moment for at sanksjonen er strafferettslig.

Ettersom EMD generelt har uttalt at disiplinærstraff som for eksempel suspensjon og advarsel normalt vil falle utenfor straffebegrepet, kan dette være en indikasjon på at den ikke anser suspensjon i yrkessammenheng som et så alvorlig inngrep at det kan anses som straff. Likheten mellom suspensjon som en disiplinær reaksjon og konkursskarantene taler derfor mot at karantenen har en alvorlighetsgrad som innebærer en strafferettslig karakterisering. En karantenetid på to år er i denne sammenheng ikke spesielt alvorlig eller strengt.

EMDs avgjørelse om den britiske konkursskarantenen, hvor den unnlot å legge vekt på hele 15 års karantenetid, jf omtalen ovenfor i kapittel 5.2.4.1 trekker også i samme retning. EMD uttaler i premissene i saken *D.C., H.S. og A.D. mot Storbritannia* at selv om mye står på spill for klageren, er det ikke snakk om et strafferettslig forhold. Denne avgjørelsen kan tyde på at EMD mener sanksjonens strenghet er underordnet de andre kriteriene, særlig der det ikke er snakk om frihetsstraff. I Welsh-saken, uttaler EMD i avsnitt 32 at tiltakets strenghet i seg selv ikke er avgjørende, siden mange sivilrettslige reaksjoner av preventiv karakter kan ha en betydelig følge for den som rammes.

Men avgjørelsene fra EMD kan ikke sies å være konsekvente i dette spørsmålet. I saken *R.T. mot Sveits* synes det som om inndragning av førerkort for en periode på fire måneder blir ansett for å være straff.

I saken *Malige mot Frankrike*¹¹⁸ ble et administrativt vedtak om prikkbelastning, som ville kunne medføre automatisk inndragning av førerkort, ansett som straffesiktelse etter art. 6 nr 1. Jeg kan vanskelig se at disse sanksjonene innebærer alvorligere inngrep enn det som følger av konkurskarantene.

Av de avgjørelser Høyesterett har avsagt om P7 art. 4 nr 1, er *Dagpengekjennelsen* kanskje mest sammenlignbar når det gjelder type sanksjon. Et moment herfra kan være at utestenging etter omstendighetene kan ramme hardt overfor en borger i en meget utsatt sosial situasjon, jf avsnitt 42. Under visse omstendigheter kan nok konkursskyldneren betraktes på samme måte. Konkursen er ofte blamerende i seg selv, og i tillegg kommer skyldneren ofte i en svært vanskelig økonomisk situasjon. Men det er antagelig mer nærliggende å hevde at den typiske ”konkursgjenganger”, i alle fall dersom det dreier seg om en representant for et selskap med begrenset ansvar, vil være i en langt lettere sosial situasjon enn en person som lever på arbeidsledighetstrygd.

5.2.4.6 *Straff for brudd på karantenen*

Straffebestemmelsen i § 143a innebærer fengselsstraff eller bøter for brudd på karantenebestemmelsen, men straffen inntreffer ikke automatisk. Bestemmelsen tilsvarende enhver annen straffebestemmelse og forutsetter påtale og rettslig prøving av så vel de objektive som subjektive straffbarhetsvilkårene.

Konvensjonsorganene har uttalt at en tilknytning til straff er et moment i favør av en strafferettslig karakteristikk. I saken *Weber mot Sveits*, som gjaldt art. 6, ble det lagt vekt på at disiplinærsanksjonen under visse omstendigheter kunne omgjøres til fengselsstraff. I *Brown mot Storbritannia* ser det ut til at EMD også mener dette er et relevant moment, men tillegger det ikke særlig vekt ettersom straffen i den saken krever ytterligere vurdering av en domstol. Konklusjonen av dette mener jeg må være at den tilhørende straffebestemmelsen gir konkurskarantenen et visst strafferettslig preg, men dette svekkes ved at fengsel ikke er en automatisk følge av brudd på karantenen.

5.2.4.7 *Konkurskarantene som straffeutmålingsmoment*

I saker om straff for konkursskriminalitet har retten flere ganger uttalt at det i straffeutmålingen må tas hensyn til at tiltalte allerede er ilagt konkurskarantene.

¹¹⁸ Sak nr 27812/95

I en straffesak inntatt i Rt. 1996 side 905 ble en tiltalt dømt til 90 dagers ubetinget fengsel for konkursskriminalitet. Han var tidligere ilagt konkursskarantene. Påstanden om rettighetstap etter strl § 29 nr 2 ble ikke tatt til følge. Begrunnelsen var at konkursskarantenen for lengst var utløpt, slik at domfelte i nesten to år ikke hadde vært underlagt noen slik rettighetsbegrensning. Retten mente derfor at det var ”for strengt og iallfall lite hensiktsmessig at han nå på ny skal ilegges slike rettighetsbegrensninger som langt på vei vil være av samme art som de som gjaldt under konkursskarantenen.”

Et annet eksempel er Rt. 1995 side 1189, hvor tiltalte ble ilagt rettighetstap etter straffeloven, men tiden for rettighetstapets lengde ble begrenset som følge av at domfelte i forbindelse med konkursen hadde vært ilagt konkursskarantene. At konkursskarantene blir benyttet som et straffeutmålingsmoment på denne måten, kan i det minste være et argument for at reaksjonen er straffende i sin karakter.

5.2.5 Saksbehandlingen

Under henvisning til blant annet Welch-saken, er det også relevant å se på saksbehandlingen i tilknytning til illeggelsen og gjennomføringen av sanksjonen. Med andre ord er spørsmålet om det er sider ved saksbehandlingen som bringer reaksjonen i en strafferettslig sfære.

Av vesentlig betydning for problemstillingen er etter mitt syn at konkursdebitors skyld i karantenesaken, dersom det gjelder vilkåret i nr. 1, blir gjenstand for nøyaktig den samme vurdering som i straffesaken, når man ser bort fra forskjellen i beviskravet. Karantenesaken omfatter en full rettslig prøving av de objektive og subjektive straffbarhetsvilkårene, i tillegg til en skjønnsmessig vurdering av om karantene bør ilegges, som til en viss grad kan sammenlignes med den vurderingen retten gjør i straffeutmålingen. Dette momentet gjør seg gjeldende i langt mindre grad dersom karantenen ilegges etter det alternative vilkåret i nr. 2.

En antitetisk fortolkning av blant annet Kremzow-saken og Demel-saken, kan være et moment for at en avgjørelse som innebærer en selvstendig vurdering av ”tiltaltes” skyld i forhold til en straffbar handling, bringer saksbehandlingen i en strafferettslig sfære. I de to avvisningsavgjørelsene fra kommisjonen var fraværet av skyldspørsmålet en del av begrunnelsen for at forholdet ikke var omfattet av straffebegrepet i art. 6 eller i P7 art. 4 nr 1.

I mange administrative saker blir sanksjonen ilagt som følge av en forutgående domfellelse for straff, slik at avgjørelsen kun innebærer spørsmålet om en ytterligere reaksjon *bør* ilegges.

Dette poenget ble også vektlagt av Høyesterett i *Fører kortdommen*. Imidlertid ble ikke dette fremhevet som et moment i vurderingen av om inndragning av førerkortet var straff etter konvensjonen, men i tilknytning til kravet til gjentatt forfølgning, jf kapittel 4.7. Det er i denne sammenheng viktig å være klar over at saksbehandlingen også har betydning i forbindelse med vilkåret om *gjentatt forfølgning*, jf nedenfor i kapittel 5.4, og da i forhold til sondringen mellom skyldkonstatering og reaksjonsfastsettelse

Et særpreg ved saksbehandlingen i konkursskarantene er at det verken er en typisk sivil sak med to likestilte parter, eller en straffesak basert på anklageprinsippet. Dersom konkursboet er part, er det i kraft av å være representant både for det offentlige og for kreditorene. I et slikt tilfelle har saken likhetstrekk med en sivil sak, men først og fremst fordi det er en partsprosess, hvor det er opp til partene å forberede sakens opplysninger. Motstykket, og som er tilfelle der skifteretten av eget tiltak prøver vilkårene for konkursskarantene, er en slags inkvisisjonsprosess hvor det er domstolen som forbereder saken. En slik inkvisisjonsprosess er fremmed i norsk strafferett, men i flere sydeuropeiske land, deriblant Frankrike, Spania og Italia, har denne prosessformen med forhørsdommer, forankring i strafferetten. Det er ikke utenkelig at EMD vil anse dette som et moment som bringer konkursskarantene i en strafferettslig sfære.

Under enhver omstendighet må det forhold at påtalemyndigheten har partsinteresse være et moment av betydning. I Brown-saken ble det i favør av en ikke-strafferettslig karakterisering, lagt vekt på at prosessen gjaldt høring i domstol uten påtalemyndighetens innblanding. Dette momentet må kunne få betydning antitetisk. Spesielt i lys av formålet med rettskraftreglene i EMK, er det etter min oppfatning særlig tungtveiende at påtalemyndigheten, samtidig som den etterforsker det samme forholdet, har mulighet til å opptre som part når skifteretten skal vurdere karantenespørsmålet. Det følger av forarbeidene at denne partsinteressen også innebærer at påtalemyndigheten selv kan begjære karantene og eventuelt påkjære skifterettens beslutning.¹¹⁹ Altså har vi i disse tilfellene en typisk straffesak hvor

¹¹⁹ Ot.prp. nr 39 (1982-83) side 9.

påtalemyndigheten nedlegger påstand om straff, og tar beslutningen om en avgjørelse skal påkjæres eller ankes.

I høringsrunden etter konkurslovutvalgets innstilling ved revisjon av reglene, uttalte Riksadvokaten og ØKOKRIM at det er langt enklere og raskere å ilegge konkurskarantene enn å idømme rettighetstap etter straffeloven.¹²⁰ Dette kan oppfattes som at påtalemyndigheten anser konkurskarantene som et alternativ til rettighetstap etter strl § 29.

Når bostyrer på vegne av kreditorene begjærer konkurskarantene, bygger dette i stor utstrekning på det bevismaterialet han får tilgang til etter kkl§ 101. Langt på vei er det samme bevismaterialet som danner grunnlag for påtalemyndighetens tiltalebeslutning og sakførsel under straffesaken, jf kkl § 122 b annet ledd, med den begrensning som følger av bostyrerens taushetsplikt.

Disse forholdene, samt at karantenekjennelsene registreres i konkursregistret, jf kapittel 3.7, er momenter for at konkurskarantene er straff.

5.2.6 Reelle hensyn

5.2.6.1 Problemstillingen

Det er tvilsomt at det i dobbeltstraffbestemmelsen kan innfortolkes en implisitt skjønnsmargin for staten, slik at det kan gjøres inngrep i bestemmelsen dersom dette rettfærdiggjøres med særlig tungtveiende samfunnshensyn, jf kapittel 2.6.2.4. Jeg mener det ligger i bestemmelsens ordlyd og natur at forbudet mot dobbel straffeforfølgning er absolutt, med mindre vilkårene for gjenopptakelse foreligger. Virkningssiden av bestemmelsen består ikke av noen skjønsmessige begrep med uklar avgrensning, slik som for eksempel ”rettfærdig rettergang” i art. 6 nr 1.

En annen sak er at det ikke er helt klart hvor stor vekt det i et konkret spørsmål kan legges på det kriteriet som gjelder sakens karakteristikk i nasjonal rett. Med andre ord er problemstillingen i hvor stor grad statene kan regulere anvendelsesområdet til dobbeltstraffbestemmelsen (og andre bestemmelser om straffesaker) ved å klassifisere

¹²⁰ Ot.prp. nr 26 (1998-99) side 132

et tiltak som sivilrettslig i nasjonal rett. Dette er vanskelig å si noe konkret om, men generelt uttaler EMD i Engel-saken i avsnitt 81 at:

”The convention without any doubt allows the States, in the performance of their function as guardians of the public interest, to maintain or establish a distinction between criminal law and disciplinary law, and to draw the dividing line, but only subject to certain conditions.”

I forbindelse med dette utsagnet henviser EMD til art. 6 og 7, men naturlig nok ikke P7 art. 4 nr 1, ettersom syvende tilleggsprotokoll ikke eksisterte da denne avgjørelsen ble avsagt.

Videre uttaler EMD i avsnitt 82 at på denne bakgrunn er statenes karakteristikk av forholdet kun et utgangspunkt, og har ”only a formal and relative value and must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States.” Videre mener EMD at ”the very nature of the offence ” er en viktigere faktor, og at ”the degree of severity of the penalty that a person risks incurring” må tas i betraktning. Antagelig må dette bety at dersom de to andre kriteriene i liten grad gir strafferettslige indikasjoner, kan det være større grunn til å legge vekt på den internrettslige klassifikasjonen, og omvendt. Dette stemmer med tanken om at det tilligger statene visse marginer så lenge ikke kjerneområdet for bestemmelsen blir berørt. Hvorvidt et eventuelt inngrep er proporsjonalt med det formål inngrepet skal fremme, vil måtte avgjøres konkret i lys av de hensyn som begrunner inngrepet og de hensyn som ligger til grunn for konvensjonsbestemmelsen.

5.2.6.2 Hensynet til fordringshaverne

De skadelidte i en konkurs er i første rekke de fordringshaverne som ikke får sine krav dekket. Det kan være privatpersoner, selskap og det offentlige i forbindelse med blant annet skatte- og avgiftskrav. Normalt tilhører det næringslivets risiko å gi frivillig kreditt. Dersom for eksempel en leverandør innvilger betalingsutsettelse ved varesalg, må han ta risikoen for at kravet kanskje ikke blir gjort opp. Kredittgiveren må i sin risikovurdering gjøre nærmere undersøkelser om den han skal yte kreditt, og i praksis baseres dette på opplysninger om regnskap, ligning mv. Dersom de reelle forhold tildekkes på grunn av svindel, uredelig- eller manglende regnskapsførsel, vil dette vanskeliggjøre mulighetene for en realistisk risikovurdering. Når det gjelder det offentlige skatte- og avgiftskrav, som ikke er frivillig kreditt, er det samfunnet som blir skadelidende når noen går konkurs.

Det er denne gruppen som utgjør det primære hensynet bak konkursskarantene-reglene, kreditorene og samfunnet skal beskyttes mot konkursgjengangere. For den private eller offentlige kreditor kan det være en fordel at en såkalt konkursrytter settes i karantene for ikke å gjøre mer skade på en stund. Men i den grad karantene-reglenes også virker preventivt generelt, vil en skjerpet aktsomhetsplikt blant næringslivets aktører, komme potensielle kreditorer til gode.

Hvis en slik reaksjon medfører at påtalemyndigheten ikke kan reise en etterfølgende straffesak, vil resultat være at bruken av konkursskarantene vil bli betydelig redusert. I den grad karantenen gir noen form for beskyttelse mot konkursgjengangere, vil da det totale beskyttelsesnivået bli redusert. Imidlertid kan dette avhjelpes ved at påtalemyndigheten i større utstrekning nedlegger påstand om rettighetstap etter straffeloven. Men etterforskning av slike saker tar ofte lang tid, og man mister den muligheten karantene innebærer til å kunne reagere raskt.

5.2.6.3 Hensynet til effektiv kriminalitetsbekjempelse

Konkurskriminalitet rammer ikke bare fordringshavere i en konkurs, men innebærer betydelig omfordeling av samfunnets ressurser. Både fra lovgiverhold og samfunnslivet for øvrig er det uttalt at økonomisk kriminalitet, korrupsjon og organisert kriminalitet, har så stor samfunnsskadelig effekt, at det må være en av de viktigste oppgavene for styresmaktene å bekjempe dette.

I Konkurslovutvalgets etterkontroll av konkurslovgivningen m.v. ble karanteneinstituttet gjennomgått og vurdert. Utvalgets flertall (kun én i mindretall) går inn for å oppheve reglene blant annet fordi det stiller seg svært tvilende til om reglene har noen effekt så vel allmennpreventivt som individualpreventivt.¹²¹

En viktig del av begrunnelsen for at Konkurslovutvalgets innstilling ikke ble tatt til følge, var at man da ville få reduserte muligheter til å reagere mot konkursmisligheter. Det ble også lagt vekt på den fordel det var å ha denne reaksjonen som et supplement til rettighetstap og andre straffereaksjoner. I denne sammenheng har det vært et poeng at rettspraksis har lagt seg på en restriktiv linje når det gjelder bruken av rettighetstap

¹²¹ NOU 1993:16 side 87.

etter strl § 29, slik at denne bestemmelsen kanskje ikke kan erstatte karantenereglene fullt ut.

Justisdepartementet mente karantenereglene kunne ha en viktig signaleffekt i en tid hvor det er stadig større oppmerksomhet omkring bekjempelsen av økonomisk kriminalitet, herunder i forbindelse med konkurs, og mente karantenereglene kunne medvirke til ryddigere og mer seriøse forhold i næringslivet.¹²²

Fra de høringsinstanser som gikk inn for å beholde karantenereglene, ble det blant annet hevdet at reglene var et bidrag til ryddigere forhold i næringslivet, ved at de gir mulighet til å luke ut useriøse virksomhetsutøvere og typiske konkursgjengangere.¹²³

Justiskomiteen understreket i sin innstilling at en mer effektiv bruk av konkursskarantene kunne være et nyttig middel i kampen mot konkursskriminalitet.¹²⁴

Jeg har stor sans for synspunktet om at dersom rettskraftreglene i EMK innebærer at enhver form for parallell bruk av straff og administrative reaksjoner ved lovbrudd er forbudt, vil konsekvensene bli uoversiktlige. Særlig knytter det seg usikkerhet til hvordan et ensporet system vil påvirke muligheten til en effektiv håndhevelse når det gjelder masseforvaltningssystemer.¹²⁵ Samfunnsutviklingen krever hele tiden økt grad av spesialisering i forvaltningen, og det har stadig blitt mer vanlig at de særskilte forvaltningsorganene håndhever reglene og sanksjonerer lovbrudd. Det kan neppe være hensiktsmessig å gå motsatt vei ved å overlate mer og mer til påtalemyndigheten.

Ved at den rettsinstans som behandler konkurssaken også behandler spørsmålet om konkursskarantene, oppnår man en rask og effektiv sanksjonering. Det kan derfor hevdes at dersom en ileggelse av konkursskarantene skal hindre en senere straffeforfølgning der det avdekkes alvorlige lovbrudd, er dette et skritt tilbake for en effektiv bekjempelse av konkursskriminalitet.

Jeg mener imidlertid at dette hensyn ikke gjør seg gjeldende i like stor grad når det gjelder konkursskarantene, som på en rekke andre forvaltningsområder. For det første

¹²² Jf Ot.prp nr 26 (1998-99) kap. 12.4.

¹²³ Jf Ot.prp. nr 26 (1998-99) kap 12.3.

¹²⁴ Innst.O. nr 77 (1998-99) kap. 14.12.

kan ikke det forvaltningsmessige spesialiseringssynspunktet tillegges like stor vekt. Riktignok er det – etter bortfall av funksjonsbetegnelsen på førsteinstansdomstolene – opprettholdt en ordning med spesialembeter for blant annet konkurssaker i de store byene. Men dette kan ikke sies å være et spesialisert forvaltningsorgan slik som for eksempel Skattedirektoratet, Konkurransetilsynet, Statens forurensningstilsyn m.v.

For det andre er det usikkert om konkursskaranteneinstituttet oppfyller den opprinnelige hensikten med å holde konkursgjengangere unna næringslivet. Men det er en fordel for en effektiv etterforskning av konkursskriminalitet at konkursgjengangere kan stoppes før en eventuell straffesak er ferdig etterforsket, og dette hensynet taler mot å la dobbeltstraffbestemmelsen få anvendelse på konkursskarantene.

Endelig er det et poeng i denne sammenheng at konkursskarantenesakene har et omfang som ikke er i nærheten av for eksempel tilleggsskatt eller inndragning av førerkort. Dette gjør at hensynet til en effektiv kriminalitetsbekjempelse ikke står like sterkt som på andre forvaltningsområder.

5.2.6.4 Hensynet til konkursskyldnerens rettssikkerhet

Det har hittil vært liten fokus på skyldnerens rettssikkerhet i konkurs. Antagelig kan dette først og fremst begrunnes i tradisjon og kultur. Dette illustreres av aksjelovens opprinnelige regler om automatisk karantene for den som gikk konkurs. Selv om det ikke er et skarpt skille mellom offentligrett og privatrett, kan det ha betydning at konkurs er en rent sivilrettslig kreditorforfølgning, hvor gjensidighetsbetraktninger og erstatningstankegangen er dominerende. I et slikt perspektiv blir ikke skyldneren vurdert som den svake part mot staten, slik som i strafferetten. I forhold til de private og frivillige kreditorene betraktes skyldneren gjerne som en motpart som har misligholdt kontraktsforholdet.

Konkurslovutvalgets prinsipielle innvending mot karantenereglene er at de i for liten grad ivaretar hensynet til skyldnerens rettssikkerhet; det er misforhold mellom inngrepets alvorlige rettsvirkninger og de saksbehandlingsreglene som gjelder for slike saker. Utvalget mener konkursskarantene i realiteten fremstår som et rettighetstap, og at

¹²⁵ Jf Eriksen 2001, side 178.

spørsmålet om å ilegge karantene bør behandles i forbindelse med straffesaken etter straffeprosessuelle regler.¹²⁶

Hvilke konsekvenser det har for tiltalte å måtte gjennomgå to prosesser, vil være svært forskjellig, avhengig av de konkrete omstendighetene. Sakenes omfang, hvor alvorlig lovbrudd det er snakk om og hvor lang tid prosessene tar, er faktorer som påvirker dette.

I denne sammenheng er det vanskelig å se bort fra et bilde av to ulike kategorier lovbryttere. På den ene siden har vi de som på grunn av uflaks, uheldig ”timing”, bristende forutsetninger osv. havner i en konkurssituasjon. De har aldri hatt intensjoner om å foreta seg noe straffbart. Men fordi de som regel er i en svært presset situasjon før og under konkursen, kan de lettere komme i skade for å begå lovbrudd. Et praktisk eksempel er at man, når det begynner å gå dårlig for selskapet, unnlater å føre selskapets regnskap, jf strl § 286. Et særlig problem for disse personene er at de som følge av konkursen ofte har lite resurser til å forsvare seg mot de inngrep konkursen kan medføre.

Den andre kategorien er de typiske konkursrytterne som kynisk utnytter konkurssystemet og - i egen vinnings hensikt - påfører kreditorene og samfunnet betydelig tap. I et videre perspektiv knytter dette seg til *hvitsnippforbrytelser*. Det har i flere sammenhenger vært tatt til orde for at en stadig utvidelse av menneskerettighetenes anvendelsesområde er et stort problem for arbeidet med å bekjempe økonomisk kriminalitet. At enkelte lovbryster i slike saker har anledning til å nedlegge betydelige resurser i å utnytte rettssikkerhetsgarantiene, er et alvorlig problem for samfunnet. Når det er denne type lovbryttere karantenereglene er ment å ramme, kan dette tilsi at hensynet til skyldnerens rettssikkerhet ikke står like sterkt som ellers.

Uavhengig av lovbrysterens moral og ressurser, og hvor alvorlig lovbruddet er, vil den faktiske situasjonen være at vedkommende i to omganger, pluss eventuelle anke eller kjæremålsrunder, må stille i retten og forsvare seg mot de samme påstandene.

Når rettens saksbehandling i karantenesaken blant annet består i å vurdere straffbarhetsvilkårene til en rekke forskjellige og ofte alvorlige straffebud, er man midt i kjernen av de hensyn forbudet mot dobbel straffeforfølgning skal beskytte. Selv om det

¹²⁶ NOU 1993:16 side 87

i konkursretten isolert sett ikke har vært tradisjon for å la hensynet til konkursskyldnerens rettssikkerhet veie tungt, tilsier disse spesielle forholdene at det kanskje bør legges mer vekt på strafferettens prinsipper.

Til slutt bør det nevnes at å fjerne muligheten til å ilegge karantene, vil måtte medføre at bruken av rettighetstap etter straffeloven økes ovenfor konkursskyldnere. Spørsmålet da er om det er mer belastende å måtte gjennomgå to prosesser, enn å risikere strafferettslig rettighetstap i de alvorlige tilfellene.

5.2.6.5 Andre hensyn

Å hindre personer som har vært involvert i konkurs å starte ny virksomhet, kan få den konsekvens at også kvalifiserte personer blir holdt utenfor næringslivet. Dessuten kan trusselen om å bli satt i karantene i seg selv være nok til at mange kvier seg for å påta seg styreverv o.l. i konkursutsatte næringer, eller komme inn å redde bedrifter som er i vansker. Dette var hensyn som ble vektlagt av lovgiver i forbindelse med omgjøring av reglene fra automatisk karantene til en individuell prøving. Justisdepartementet mente det var i samfunnets interesse at det ble gjort forsøk på å starte ny virksomhet.¹²⁷

Dette hensynet er i seg selv et argument mot at skyldneren skal risikere å bli forfulgt dobbelt dersom han går konkurs og det er mistanke om lovbrudd. Imidlertid kan dette hensynet også tale for at terskelen for å ilegge en sanksjon med den virkning konkursskarantenen innebærer for skyldneren, bør være så høy at de små og ubetydelige lovbruddene faller utenfor. Dette er antagelig langt på vei slik reglene blir praktisert i dag. Og dersom det bare blir aktuelt å ilegge rettighetstap etter straffeloven i forbindelse med straffesaken, vil antagelig terskelen bli enda høyere, noe som ytterligere ivaretar dette hensynet.

Dersom konkursskarantene ikke anses som en strafferettslig reaksjon etter P7 art. 4 nr 1, vil dette, på bakgrunn av min konklusjon om et felles straffebegrep, medføre at de prosessuelle rettighetene for straffesaker i blant annet i art. 6 ikke får anvendelse. Det kan hevdes at dette kan gå ut over skyldnerens rettssikkerhet. Dette hensynet får redusert betydning ettersom tiltaket uansett vil komme inn under ”borgerlige rettigheter og plikter” i art. 6. nr 1. Rettighetene i denne bestemmelsen, blant annet retten til ”fair

¹²⁷ Ot.prp. nr 39 (1982-83) side 6.

trial”, vil langt på vei ivareta viktige rettssikkerhetsgarantier i forbindelse med illeggelsen av konkurskarantene.

Motsatt vil en konstatering av at konkurskarantene er straff kunne innebære at dagens regler må endres på enkelte punkter. Jeg viser her til kjennelsen fra Høyesteretts kjæremålsutvalg fra 1996, omtalt i kapittel 5.2.1.

En annen konsekvens kan være at hele systemet med rettighetstap bør betraktes under ett, slik at forbudet i P7 art. 4 nr 1 også rammer administrative rettighetstap etter spesiallovgivningen, dersom dette ilegges som følge av en straffbar handling. Dette forholdet er etter mitt syn problematisk, fordi det i sin ytterste konsekvens kan føre til en utvidelse av anvendelsesområdet for P7 art. 4 nr 1 som man på ingen måte kan forutsi konsekvensene av. Imidlertid viser jeg til gjennomgangen i kapittel 5.2.4.2 hvor jeg presenterer flere forskjeller mellom konkurskarantene og andre administrative rettighetstap, som kan tale for at det ikke er nødvendig å ta hensyn til et slikt helhetsperspektiv.

Hensynet til prosessøkonomi er et argument mot dagens regler. Det vil måtte innebære en besparelse i prosesskostnadene både for domstolen og partene dersom spørsmålet om konkurskarantene og straff, herunder rettighetstap, for det samme forholdet samordnes i en og samme prosess.

5.2.7 Hvorvidt norske domstoler bør utvikle EMK

Et omdiskutert spørsmål av mer overordnet karakter, er i hvilken grad norske domstoler skal anlegge en dynamisk tolkning i dette spørsmålet.

I *Tilleggsskatt I* fremholdes det at norske domstoler ved tolkningen av EMK ikke skal bygge inn sikkerhetsmarginer i forhold til EMD. Dersom man kommer til at konkurskarantene er straff etter P7 art. 4 nr 1, må dette betraktes som utvidelse av anvendelsesområdet i forhold til EMDs praksis per i dag, men ikke nødvendigvis i forhold til ordlyden og de tolkningsprinsipper EMD har anlagt for denne bestemmelsen.

Ut fra den praksis som nå foreligger, er det svært vanskelig å forutse hvordan EMD eventuelt vil forholde seg til vår konkurskarantene, og dette kan tale for å avvente utviklingen i EMD. Alternativet vil innebære en risiko for å påvirke EMD til å utvide straffebegrepet ytterligere, slik at også de øvrige sivilrettslige inndragningene rammes.

Mot dette kan det vises til EMK art. 1 om statenes plikt til å respektere menneskerettighetene. Det er ikke noe ønske å få en dom mot staten i EMD.

Det er ganske åpenbart at norske myndigheter ikke har hatt i tankene at bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1 vil kunne ramme vårt dobbeltsporede system med administrative rettighetstap og straff. Her står to hensyn mot hverandre: Lojalitet til menneskerettighetssystemet på den ene siden, og hensynet til egne samfunnsinteresser på den annen side.

Så lenge Stortinget som lovgiver ikke har tatt eksplisitt stilling til den konkrete problemstillingen, er det vanskelig å tillegges demokratihensynet særlig vekt. Dessuten gjelder dette spørsmålet et rettssikkerhetsspørsmål, som er blant de grunnleggende menneskerettsreglene. Dette er et moment som nedtoner betydningen av demokratihensynet.¹²⁸

Dersom norske domstoler innlemmer konkurskarantene i EMKs straffebegrep, innebærer ikke dette et inngrep i andre menneskerettigheter, slik som for eksempel er tilfelle når ytringsfrihet blir satt opp mot rasediskriminering.¹²⁹

Generelt kan det hevdes at et sterkt rettssikkerhetsvern som regel går på bekostning av en effektiv forvaltning og kriminalitetsbekjempelse, men som jeg tidligere har vært inne på, er det usikkert hvor viktig den nåværende ordningen er for bekjempelsen av konkurskriminalitet.

Innrettelseshensynet kan til en viss grad være et problem, fordi det vil skape ytterligere usikkerhet, særlig for de administrative rettighetstapene i profesjonslovgivningen, dersom konkurskarantene omfattes av bestemmelsen.

5.2.8 Sammendrag av tolkningen av straffebegrepet

Det kan ganske enkelt konstateres at ordlyden i P7 art. 4 nr 1 ikke gir bidrag til spørsmålet om konkurskarantene er omfattet av bestemmelsen. Det er heller ingen avgjørelser fra konvensjonsorganene som direkte løser problemstillingen. Men praksis fra EMD viser at straffebegrepet har vært gjenstand for en stadig utvidelse. Etter en

¹²⁸ Dette synet var blant annet fremme i Rt 1976 side 1 (Kløftadommen), på side 5 som gjaldt spørsmålet om domstolenes kompetanse til å sette til side formell lov som var i strid med Grunnloven.

¹²⁹ Jf for eksempel Rt 1997 side 1821 (Kjuus-saken).

vurdering av de tre kriteriene EMD har lagt til grunn som metode i slike saker, kan følgende oppsummeres:

Selv om konkurskarantene formelt sett ikke er straff i norsk rett, innebærer likheten med strl § 29 at denne bestemmelsens *nasjonale klassifisering* bør tillegges en viss vekt i favør av straff.

Sanksjonens art, som innebærer tap av en sivil rettighet, er - slik jeg oppfatter EMDs praksis - det sterkeste argumentet mot at konkurskarantene er straff. Det ser heller ikke ut til at EMD i sine avgjørelser legger vekt på *sanksjonens alvorlighetsgrad* i saker som ligner på konkurskarantene. Men det at påtalemyndigheten har partsrettigheter i saken, og at avgjørelsen fattes av en domstol og ikke et administrativt forvaltningsorgan, trekker i retning av en strafferettslig sfære.

Lovgivers intensjoner om samfunnsbeskyttelse gjør at *tiltakets formål* er et vesentlig argument mot at konkurskarantene er straff. I alle fall på grunnlag av en norsk rettsoppfatning.

Samlet sett mener jeg momentene knyttet til kriteriet vedrørende *sanksjonens art og alvor* ikke tilsier et strafferettslig aspekt.

De handlinger som kan utløse konkurskarantene, dvs. *lovbruddet art*, har derimot et strekt strafferettslig preg. Det vesentlige momentet er vilkåret om ”en straffbar handling” som bare gjelder for karantene ilagt etter kkl § 142 første ledd nr 1. Dette vilkåret gjør at det etter min oppfatning er vanskelig å komme bort fra at konkurskarantene først og fremst oppfattes som en reaksjon på klanderverdig opptreden. Imidlertid gjør ikke dette kriteriet seg gjeldende med samme tyngde dersom karantene blir ilagt etter kkl § 142 første ledd nr 2.

Når det gjelder reelle hensyn, må det fremheves at å bekjempe konkursskriminalitet er en prioritert samfunnsoppgave av stor viktighet. Men det er vanskelig å argumentere for at dette med tilstrekkelig tyngde taler for det dobbelte systemet vi har i dag, når dette ligger i kjerneområdet for de hensyn dobbeltstraffbestemmelsen skal beskytte.

Når det ikke lenger er et ”klarhetskrav” til den regelen konvensjonsbestemmelsen gir anvisning på, og norske rettsregler er underordnet den tolkning EMD legger til grunn, mener jeg etter en totalvurdering av de momenter og rettskilder jeg har redegjort for i

dette kapitlet, at konkurskarantene må anses som straff etter konvensjonen, så fremt karantene er ilagt etter kkl § 142 første ledd nr 1.

5.3 Identitetsspørsmålet

Selv om begge prosessene er å anse som strafferettslig, er det i tillegg et krav om at de må gjelde det samme lovbruddet, jf kapittel 4.5.

Når man holder seg til vilkåret i kkl § 142 første ledd nr 1, er for det første de handlingene som ligger til grunn for konkurskarantene og straffesaken helt sammenfallende. Her er det tilstrekkelig å vise til gjennomgangen i kapittel 3.4.2. Men dette er i henhold til EMDs praksis ikke tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret. Viktigere da er at de to sakene faktisk gjelder nøyaktig det samme straffebudet. Det er da enkelt å fastslå at identitetskravet er oppfylt.

Når det gjelder de saker der konkurskarantene ilegges etter vilkår nr 2, stiller dette seg annerledes. I praksis kan det tenkes at det i karantenesaken er lagt til grunn flere ulike forhold som hver for seg ikke kan henføres under noen straffebestemmelse, men som etter en totalvurdering tilsier uforsvarlig forretningsførsel. Senere i konkursbehandlingen kan det bli avdekket straffbare forhold som meldes til påtalemyndigheten. Selv om det da i realiteten er den samme faktiske handlingen som legger til grunn i begge sakene, er ikke dette tilstrekkelig, ettersom dobbeltstraffbestemmelsen ikke rammer flere lovbrudd i konkurrans. Det vil da være vanskelig å oppfylle kravet til at vilkårene i henholdsvis straffebudet og kkl § 142 første ledd nr 2 er sammenfallende in "their essential elements", jf. Fisher-saken.

En annen problemstilling oppstår dersom et forhold er omfattet av den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud, men også er omfattet av vilkårene i alternativ nr 2. Som det fremgår av min konklusjon ovenfor, er det ikke sikker konkurskarantene etter dette vilkåret vil omfattes av straffebegrepet i EMK. I så fall kan det være hensiktsmessig - for å unngå å komme i konflikt med rettskraftreglene i EMK - å konsekvent begjære karantene etter dette vilkåret. I praksis er nok dette et vanskeligere vilkår å anvende, både fordi det i større grad gir anvisning på skjønnsmessige vurderinger, men også fordi beviskravet antagelig er strengere, jf kapittel 3.4.4.

Uansett vil det oppstå en problemstilling om hvorvidt forbudet mot dobbel straffeforfølgning omgås, dersom den handling som begrunner karantenen etter dette

vilkåret i realiteten innebærer det samme lovbruddet som i straffesaken. Hvis en slik situasjon skulle oppstå i praksis, mener jeg at vilkåret om at de objektive gjerningsbeskrivelsene i lovbestemmelsene må være sammenfallende, ikke kan tas helt på ordet, men heller modifiseres noe, slik at det reelle vernet mot dobbel straffeforfølgning blir tilstrekkelig ivaretatt.

5.4 Kravet om gjentatt forfølgning

Konkurskarantene er ingen obligatorisk følge av en straffedom slik som for eksempel inndragning av førerkort etter vtrl § 33 nr 2, 3 og 4. Uansett rekkefølgen av sanksjonene, er det vanskelig å komme nærmere et mer fullstendig dobbeltsporet system enn dette. For det første innebærer begge sakene en domstolsprøving. Hvis konkursen blir behandlet i samme rettskrets som straffesaken, er det den samme domstolen som behandler begge sakene. Videre innebærer domstolsbehandlingen både individuell lovtolkning og skjønnsutøvelse.

Når det gjelder vilkåret i kkl § 142 første ledd nr 1, er lovtolkningen helt sammenfallende. Retten skal i både karantenesaken og i straffesaken ta stilling til både de objektive og de subjektive straffbarhetsvilkårene. Rimelighetsvurderingen i § 142 annet ledd kan sammenlignes med straffeutmålingen i straffesaken. Det eneste som skiller de to prosessene er vurderingen av bevisene.

Hvis det er aktuelt å vurdere rettighetstap etter strl § 29, er det et vilkår at allmenne hensyn foreligger. Dette er antagelig også et moment når det skal vurderes om karantene i det enkelte tilfelle bør ilegges.

Jeg viser til kapittel 4.6 hvor det fremgår at det antagelig er et krav om at den sperrende avgjørelsen må inneholde en ”skyldkonstatering” og ikke bare være en reaksjonsfastsettelse. Dette kravet er oppfylt i konkurskarantenesakene.

For at kjennelsen om konkurskarantene skal sperre for en senere straffesak, må den være formelt rettskraftig. Det samme gjelder dersom dom i straffesaken foreligger før konkurskarantene ilegges. Dette følger av ordlyden i både strpl § 51 og tvml § 163, og av begrepet ”finally” i P7 art. 4 nr 1.

Det kan være tvil om når den formelle rettskraften inntreffer for administrative avgjørelser som for eksempel tilleggsskatt, men for konkurskarantene som ilegges av domstolen, reguleres dette av tvml § 161 første ledd, som tilsvarer strpl § 50 for straffesaker. En

kjennelse om konkursskarantene kan påkjæres etter reglene i tvml kapittel 29, jf kkl § 152 annet ledd. Fristen for å påkjære kjennelsen er en måned, jf. kkl § 153. Etter dette er kjennelsen formelt rettskraftig.

Det er uten betydning om skyldneren er frifunnet fra kravet om karantene eller ikke. Det kan tenkes at skyldneren i den første saken frifinnes for karantene, men at det senere fremkommer nye opplysninger i saken, slik at bostyrer eller påtalemyndigheten velger å kreve gjenopptakelse etter kkl § 143 fjerde ledd. Dette kan ikke endre situasjonen. Det må være den opprinnelige karantenesakens formelle rettskraft som gjelder. Er straffesaken endelig avgjort før karantenesaken kommer opp, må skifteretten av samme grunn avvise denne, jf tvml § 163 første ledd.

Kravet til formell rettskraft reiser spørsmålet om et forhold faller utenfor reglene, dersom påtalemyndigheten har *påbegynt* etterforskningen av straffesaken før konkursskarantenekjennelsen er rettskraftig, jf kapittel 4.6. De to prosessene vil da foregå parallelt, og det kan hevdes at det ikke er en gjentakelse av prosessen slik bestemmelsen krever.

Et argument for en slik tolkning er at det i straffeutmålingen vil bli tatt hensyn til at tiltalte tidligere er ilagt konkursskarantene, slik at straffen i realiteten blir harmonisert i de to sakene.

Høyesteretts begrunnelse for at slik tolkning ikke kunne legges til grunn i *Tilleggsskatt II*, var hensynet til det reelle vernet mot dobbeltforfølgning. I denne saken ble den ene forfølgningen foretatt administrativt av ligningsnemndene. Karantenebeslutningene blir fattet av domstolen, og det er derfor, etter min mening, i større grad enn for skattesakene, grunn til å legge vekt på formålet om vern mot dobbeltforfølgning. Dette fordi en domstolsbehandling i større grad enn en administrativ behandling vil føles som en straffeprosess.

Et annet argument mot Høyesteretts tolkning er at innrettelseshensynet ikke gjør seg like sterkt gjeldende når de to sakene pågår parallelt. Imidlertid må dette nyanseres i forhold til tidspunktet tiltalte blir siktet. Hvis for eksempel siktelsen blir forkynt for tiltalte etter at skifteretten har behandlet karantenesaken i første instans, vil det kunne komme som en overraskelse at han blir straffeforfulgt på nytt. Men dersom siktelsen blir forkynt kort tid etter konkursåpningen, kan det i større grad argumenteres for at det er en parallell forfølgning. Hensynet til at vedkommende skal kunne legge saken bak

seg, gjør seg ikke gjeldende i like stor grad. Han vil kunne forberede seg på at han for det samme forholdet både kan få straff og bli idømt konkurskarantene. Men denne ordningen vil allikevel medføre to fullstendige og atskilte prosesser, noe som berører kjernen i formålet med P7 art. 4 nr 1. Dette er heller ikke forenlig med hensynet til prosessøkonomi. Et annet hensyn som trekker i samme retning er forenkling av rettsreglene. Det vil være en vanskelig oppgave for rettsanvenderen å måtte avgjøre dette spørsmålet konkret ut fra hvor langt saken har kommet.

Etter mitt syn må dette medføre at det standpunkt Høyesterett tok i tilleggsskattesakene også bør omfatte saker om konkurskarantene.

En situasjon bare mindretallet i Høyesterett tok standpunkt til, var om reglene ikke fikk anvendelse dersom den nye forfølgningen hadde kommet så langt at det var tatt avgjørelse i første instans før den sperrende avgjørelsen var rettskraftig. Mindretallet var av den oppfatning at, under henvisning til saken *R.T mot Sveits*, falt dette utenfor reglenes anvendelsesområde. Voterende for mindretallet går ikke nærmere inn på begrunnelsen for dette standpunktet, men begrunnelsen for EMDs avvisning i saken *R.T mot Sveits* var at den administrative og den strafferettslige sanksjonen ble ilagt samtidig av to forskjellige organer, og det var derfor ikke snakk om noen repetisjon av forfølgningen.

Dette vil være et enklere rettsanvendelsesspørsmål enn den første situasjonen, fordi tidspunktet for avgjørelsen i første instans blir formelt fastlagt. Men hensynet til prosessøkonomi får samme betydning. Det samme gjør formålet om vern mot dobbel straffeforfølgning.

Konklusjonen må etter min mening være at for spørsmålet om konkurskarantene og straff, kan det ikke ha betydning om det er truffet avgjørelse i førsteinstans for den nye saken før den sperrende avgjørelsen er rettskraftig.

5.5 Forholdet til de norske rettskraftreglene

5.5.1 Generelt

Ovenfor i kapittel 2.1 har jeg gitt en kort oversikt over rettskraftreglene i norsk rett. Rettspraksis om hvordan konkurskarantenekjennelser forholder seg til disse reglene er svært sparsom. Det kan derfor spørres om dette egentlig er avklart i norsk rett,

uavhengig av rettskraftreglene i EMK. Jeg skal her forsøke å gi en oversikt over problemstillingene.

5.5.2 Konkurskarantene ilegges etter straffedommen

Det er antatt i juridisk teori at en straffedom ikke har negativ materiell rettskraft i en senere sivil sak. Tvistemålsutvalget uttaler i sin utredning om ny tvistelov, at det er sikker rettsoppfatning at avgjørelsen i en straffesak ikke er bindende i en senere sivil sak, med mindre det er uttrykkelig hjemmel for noe annet.¹³⁰

For saker om konkurskarantene er det ikke noen uttrykkelig hjemmel, men det er allikevel klart at retten *kan* ta hensyn til en forutgående straffedom i den rimelighetsvurderingen kkl § 142 annet ledd legger opp til. På denne måten blir den forutgående straffedommen et slags ”straffeutmålingsmoment” uten at det dermed er sagt noe om straffedommens negative materielle rettskraft.

En ny kjennelse fra Høyesteretts kjæremålsutvalg, inntatt i Rt. 2002 side 789 illustrerer problemstillingen.

Kjæremålet gjaldt lagmannsrettens saksomkostningsavgjørelse i forbindelse med sak om konkurskarantene etter kkl § 142 første ledd nr 1, som forutsetter en straffbar handling. Konkursskyldneren hadde tidligere vært tiltalt for samme forhold, men politiet henla saken på grunn av manglende bevis. Utvalget fant at avgjørelsen i saken ikke hadde vært tvilsom og tilkjente skyldneren saksomkostninger. I denne vurderingen la kjæremålsutvalget særlig vekt på at konkurskarantene har betydelig likhetstrekk med rettighetstap etter strl § 29, og at rettighetstap etter denne bestemmelsen forutsetter at det føres bevis for en straffbar handling. Når påtalemyndigheten tidligere hadde konkludert med at straffesaken måtte henlegges på grunn av bevisets stilling, mente utvalget det ikke var tvilsomt at det ikke lenger var rimelig å opprettholde konkurskaranten.

En annen situasjon som har vært oppe i praksis, er at tiltale blir funnet skyldig i straffesaken, men frifunnet for krav om rettighetstap etter strl § 29. Dette var forholdet i en kjennelse fra Oslo Skifterett publisert i RG 1993 side 1148. Skyldneren var ca ½ år tidligere blitt idømt fengselsstraff og bot for overtredelse av strl § 276 om grovt

¹³⁰ NOU 2001:23, side 406

økonomisk utroskap. Vilåret etter kkl § 142 første ledd, første alternativ var klart oppfylt, men skifteretten var av den oppfatning at konkurskarantene i dette tilfelle ikke skulle ilegges. Generelt uttalte retten at karantene etter kkl § 142 første ledd nr 1 ”normalt ikke bør få anvendelse når vedkommende allerede er blitt straffedømt for handlingen og straffedomstolen har frikjent vedkommende for tilleggspåstand om rettighetstap”, jf side 1150. Begrunnelsen for dette var blant annet at skifteretten mente det ikke var stor realitetsforskjell på hva de to sanksjonene innebærer for den det gjelder. Retten fremholder videre at ”det ville være å degradere en straffedomstols rettskraftige avgjørelser dersom man etterpå ved en kjennelse av skifteretten kunne få ordnet et lignende rettighetstap som konkurskarantene”. Her ser det ut til at retten blander sammen spørsmålet om straffedommens rettskraft og straffedommen som et moment i rimelighetsvurderingen.

Det kan ikke være tvil om at dette er et relevant og lovlig moment i den skjønnsmessige vurderingen. Men ut fra hovedregelen om at straffedommer generelt ikke har materiell rettskraft i sivile saker, er det tvilsomt at det er noe lovmessig grunnlag for en slik løsning basert bare på de norske rettskraftreglene. I så fall må det være forbudet mot dobbel straffeforfølgning i EMK som gir dette spørsmålet en annen løsning.

I norsk rett kan en person bli idømt erstatningsansvar selv om han blir frifunnet for straffekravet. Det er et tilsvarende forhold mellom straff og erstatning som det er mellom straff og konkurskarantene. Det er forskjellen i kravet til bevisets styrke som gjør det mulig å bli idømt erstatningskrav for den samme handling man frifinnes for i straffesaken, jf kapittel 3.4.4 vedrørende beviskravet for konkurskarantene.

På dette punktet har rettskraftreglene en nær sammenheng med retten til uskyldspresumpsjon. Hvis en frifinnelse i straffesaken ikke gis materiell negativ rettskraft i den etterfølgende karantenesaken, blir det sådd tvil om tiltaltes uskyld, noe som kan være i strid med EMK art. 6.2.

EMDs avgjørelse mot Norge i den såkalte Karmøysaken¹³¹, kan illustrere dette. Tiltalte var frifunnet i straffesaken fordi bevisene ikke var tilstrekkelige. I samme sak ble tiltalte, med hjemmel i strpl § 3, idømt erstatningskrav fra fornærmede, fordi retten fant at det var klar sannsynlighetsovervekt for at tiltalte hadde begått drapet. EMD mente at selve ordningen med en sivil erstatningsplikt basert på lavere beviskrav for samme forhold, i seg selv ikke er i strid med EMK art.6 nr 2. Det synes som om problemet i Karmøysaken var at Lagmannsrettens språkbruk hadde sådd tvil om den tidligere frifinnelsen, jf ”casting doubt on the correctness of

¹³¹ Sak nr 56568/00

that acquittal. EMD mente denne forbindelsen til den tidligere straffesaken var i strid med art. 6 nr 2.

Det er hensynet til fornærmedes mulighet til erstatning som gjør seg gjeldende, når tiltalte kan bli frifunnet i en straffesak men dømt i erstatningssaken. I en sak om konkurskarantene er det ingen motpart å ta hensyn til på samme måte. Dette kan være et argument for at en straffedom bør ha negativ materiell rettskraft i en senere sak om konkurskarantene, og ikke bare - i beste fall – være et moment i rimelighetsvurderingen.

5.5.3 Konkurskarantene ilegges før straffedommen.

Spørsmålet her er sivile sakers materielle rettskraft i straffesaker, og det er ikke noen hovedregel slik som for straffesakers materielle rettskraft i sivile saker.

Utgangspunktet for konkurskarantene i forhold til strpl § 51, er at konkurskarantene er et annet krav enn krav om straff. Men man kan allikevel holde fast ved at dersom konkurskarantene er ilagt etter det første alternative vilkåret i kkl § 142 første ledd, og det senere reises straffesak for den samme overtredelsen, er kravet til ”samme forhold” oppfylt, jf strpl § 38.¹³² Når det reises sak om et *annet krav* på grunnlag av det forhold som lå til grunn i den første saken, reguleres ikke dette av straffeprosesslovens rettskraftregler. Etter forarbeidene til strpl § 51 skal dette spørsmålet overlates til teori og praksis.¹³³

Ettersom avgjørelsesformen for konkurskarantene er *kjennelse*, kan det hevdes at avgjørelsen ikke er omfattet av ordlyden i strpl § 51 som forutsetter at avgjørelsesformen er en *dom*. Imidlertid henger dette sammen med den opprinnelige ordning at skifterettens avgjørelsesform er *kjennelse*, jf kkl § 150 og skifteloven § 23, og dette kan derfor ikke ha betydning for rettskraftspørsmålet. Det er også antatt i teorien at realitetskjenninger har samme rettskraftsvirkning som dommer.¹³⁴

Et annet problem er at saken direkte bare gjelder mellom de samme parter når påtalemyndigheten er part. Men når boet er part, opptrer det på vegne av det offentlige,

¹³² Jf Andenæs 2000 side 427 som henviser til strpl § 38 når det gjelder sakens gjenstand.

¹³³ Jf Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker (1969), side 166

¹³⁴ Hov 1999, side 380 og Andenæs 2000, side 435

noe som bør få betydning for spørsmålet. Det samme synspunktet må gjelde dersom karantenen ilegges av domstolen uten noen motpart.

Selv om lovteksten ikke har noen direkte bestemmelse om konkursskarantene-kjennelsens rettskraft i senere straffesaker, er det en forutsetning for bestemmelsen i kkl § 143 annet ledd, annet punktum, at skyldneren både skal kunne ilegges konkursskarantene og rettighetstap etter straffeloven for samme forhold. I Justisdepartementets utkast til konkursloven fremgår det at slik karantenereglene var i aksjeloven, var de ment som et supplement til andre mulige reaksjoner som straffeansvar, erstatning mv. Det ble spesielt fremhevet at reglene ikke var overflødige i forhold til reglene om rettighetstap i strl § 29.¹³⁵ Det er ikke holdepunkter i forarbeidene for at de nye reglene i konkursloven skulle endre på dette.

Som nevnt er rettspraksis sparsom når det gjelder reglene om konkursskarantene og materiell rettskraft, og så vidt jeg kjenner til, har aldri domstolene fått et avvisningsspørsmål på dette grunnlaget opp til behandling, før nå, hvor det er blitt aktuelt å påberope seg bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1. Konkurskarantene har tidligere kun vært anført som et straffeutmålingsmoment i en etterfølgende straffesak, jf kapittel 5.2.4.7.

En sidebemerkning i dommen inntatt i Rt 1996 side 905 tyder på at Høyesterett på det tidspunkt ikke hadde noen motforestillinger mot ordningen. At tiltalte i straffesaken tidligere var idømt konkursskarantene for samme forhold burde ”i seg selv ikke være til hinder for at han også idømmes rettighetstap [...]”.

Jeg har heller ikke funnet at spørsmålet har vært behandlet i teorien eller i forarbeidene. Det synes som om både lovgrunnlaget og rettspraksis ikke kan tilføre argumenter for at en kjennelse om konkursskarantene har negativ materiell rettskraft i en senere straffesak om samme forhold. Imidlertid kan det anføres reelle hensyn for en slik løsning uavhengig av bestemmelsen i P7 art. 4 nr 1. Det er langt på vei de samme hensyn som begrunner rettskraftreglene i norsk rett som i EMK, og det er tilstrekkelig her å vise til drøftelsen i kapittel 5.2.7.

¹³⁵ Ot.prp.nr 39 (1982-83) kapittel 5.2.5.2

Dersom man ved en autonom fortolkning av straffebegrepet i P7 art. 4 nr 1 kommer til at konkurskarantene er en strafferettslig reaksjon, kan det spørres om det innebærer at norske rettskraftregler egentlig settes til side, når lovgiver har overlatt det til teori og praksis å avgjøre rettskraftsspørsmålet i forhold til andre krav enn straff. Høyesterett har uttalt at det er en flytende overgang mellom det å tolke de norske rettsregler utvidende i lys av reglene i EMK, og konstatere motstrid for så å sette de norske reglene til side etter mrl § 3.¹³⁶

5.5.4 Litispendensvirkninger

Rettskraftreglene i P7 art. 4 nr 1 regulerer kun negativ materiell rettskraft, og har ikke regler om litispendens. Er ikke den sperrende avgjørelsen formelt rettskraftig før den andre saken kommer opp for retten, faller forholdet utenfor reglenes anvendelsesområde, jf kapittel 4.6. Men dersom konkurskarantene er omfattet av forbudet mot dobbel straffeforfølgning i EMK, kan dette føre til pussige og ganske håpløse forhold for saksbehandlingen, både for karantenesakene og straffesakene.

For det første vil det lønne seg for påtalemyndigheten å påkjære karantenekjennelsen eller straffedommen, for å forhindre at forbudet mot dobbel straffeforfølgning kommer til anvendelse. Dette kan medføre at påtalemyndigheten velger å påkjære en frifinnende kjennelse, alene i den hensikt å hindre formell rettskraft, for derved å legge forholdene til rette for en senere straffesak. Motsatt vil det for tiltalte være forbundet med risiko for å måtte gjennomgå en ny prosess og bli ilagt en ny straff, dersom han påkjærer karantenekjennelsen eller påanker straffedommen. Dette reiser tvilsomme rettssikkerhetsspørsmål. Hvis man ser for seg at karantenesaken og straffesaken i tid går noenlunde parallelt, vil det bli et kappløp mellom tiltalte og påtalemyndigheten mot henholdsvis å få avgjørelsen formelt rettskraftig eller forhindre slik virkning.

Det er først og fremst hensynet til samfunnets og motpartens omkostninger ved unødige saksanlegg som er begrunnelsen for litispendensreglene, og dette må sees i sammenheng med rettskraftreglene, på den måten at litispendensreglene supplerer rettskraftreglene før avgjørelsen er rettskraftig. Dersom P7 art. 4 nr 1 leder til en

¹³⁶ Se førstvoterende i *Tilleggsskatt I* på side 1007

utvidelse av rettskraftreglenes anvendelsesområde, reises spørsmålet om ikke litispendensreglene bør utvides tilsvarende.

I norsk rett innebærer sammenhengen mellom litispendensreglene og rettskraftreglene at identitetsspørsmålet - når kravet til samme forhold er oppfylt - som hovedregel løses etter de samme kriterier.¹³⁷ Dette fordi det i hovedsak er de samme hensyn som gjør seg gjeldende. Riktignok har ikke tiltalte den samme forventning til å kunne legge saken bak seg, når den ikke er rettskraftig, men hensynet til prosessøkonomi er allikevel til stede. Dessuten er det et poeng at straffeutmålingen harmoniseres.

¹³⁷ NOU 2001:32, kapittel 20.2.3

6 Rettskraftreglenes virkninger

6.1 Innledning

I denne delen forutsetter jeg at konkurskarantene, ilagt etter kkl § 142 første ledd nr 1, og straff for samme forhold er omfattet av vilkårene i P7 art. 4 nr 1. Spørsmålet her er hvilke konsekvenser dette får for saksbehandlingen, henholdsvis for påtalemyndigheten dersom den vil reise tiltale, eller for tingretten når den skal behandle ileggelse av konkurskarantene. Videre tar jeg opp spørsmålet om hva dette innebærer for avsluttede saker i strid med prinsippet. Men av hensyn til oppgavens omfang, går jeg ikke nærmere inn på spørsmålet om litispendensvirkninger, jf kapittel 5.5.4.

Til slutt har jeg noen kommentarer til hvordan man kan tilpasse saksbehandlingen og eventuelt lovgivningen til konsekvensene.

6.2 Konsekvenser for saksbehandlingen

6.2.1 Forbud mot ny sak i retten

Konkurskarantene blir gjerne ilagt på første skiftesamling eller ved skifterettens behandling av bostyrers innberetning. Ettersom det normalt tar lengre tid å etterforske straffesaken, vil som regel denne saken bli ført for retten etter at konkurskarantenekjennelsen er rettskraftig.

Det enkleste tilfellet er dersom den første kjennelsen er rettskraftig når hovedforhandlingene starter i førsteinstans. Reises det da en straffesak for det forhold som tiltalte tidligere er ilagt konkurskarantene for, skal saken avvises.

I dette konkrete spørsmålet, må det etter min oppfatning være en smakssak om man velger å tolke rettskraftreglene i strpl § 51 første ledd utvidende til å omfatte konkurskarantenekjennelser, eller påberoper seg EMK P7 art. 4 nr 1 som avvisningsgrunn.

På basis av min konklusjon vedrørende straffebegrepet, forutsetter dette at konkurskarantenen er ilagt etter det første alternative vilkåret som krever en straffbar handling. At saken tidligere er rettskraftig avgjort, er en absolutt avvisningsgrunn som innebærer at domstolen av eget tiltak skal ta stilling til spørsmålet og eventuelt avvise saken. Blir det avsagt dom i en sak, som skulle ha vært avvist på dette grunnlag, er det

en saksbehandlingsfeil som automatisk leder til opphevelse av dommen, jf strpl § 343 eller tvml § 242.

6.2.2 I strid med forbudet å reise tiltale

Forbud mot dobbel straffeforfølgning er et forbud mot en ny rettergang. Begrepet ”tried” er oversatt med ”stilt for retten”. Spørsmålet er om dette også omfatter forberedelsen til selve rettssaken og da beslutningen om å reise tiltale etter strpl § 249. I så fall kan tiltalte kreve at påtalemyndigheten må omgjøre tiltalebeslutningen på dette grunnlaget, jf strpl § 75.

Hvis spørsmålet om avvisning på grunn av negativ materiell rettskraft ikke er tvilsomt, og det er åpenbart at saken vil bli avvist når den kommer til retten, er hensikten med å reise tiltale borte. I den franske originalversjonen benyttes begrepet ”bli forfulgt”, og dette taler for også å omfatte tiltalebeslutningen.

I saker hvor tiltalen omfatter flere lovbrudd enn de som er lagt til grunn i konkurskarantenekjennelsen, kan selvsagt tiltalen opprettholdes for disse tiltalepostene.

6.2.3 Etterforskningsstadiet

Den undersøkelsen påtalemyndigheten gjør før den beslutter å tiltale siktede kan ikke være omfattet av bestemmelsen. Dette faller utenfor ordlyden både i forhold til ”tried” (stilt for retten) og ”bli forfulgt” i den franske versjonen. På det tidspunktet har påtalemyndigheten ikke nødvendigvis oversikt over hvilke straffbare forhold det kan bli snakk om. Det kan hende det avdekkes andre forhold som ikke er omfattet av karantenesaken. Dette innebærer også at påtalemyndigheten må kunne sikte vedkommende, jf strpl § 82, uten at dette rammes av forbudet i P7 art. 4 nr 1. Av samme grunn kan det være grunnlag for bostyrer å undersøke om det foreligger forhold som berettiger konkurskarantene, selv om det foreligger en avgjørelse i en straffesak.

6.2.4 Straffesaken og konkurskarantene må gjelde samme person

En praktisk problemstilling i saker om konkursskriminalitet er at selskapet ilegges foretaksstraff etter strl § 48 a og b. Reglene gir mulighet til å pålegge foretak straffeansvar for handlinger foretatt av noen som handler på vegne av foretaket, selv om det ikke foreligger subjektivt skyld hos noen enkeltpersoner. Straffen kan være bot eller

rettighetstap etter strl § 29. Fortaksstraff kan også ilegges ”enkelpersonforetak”, jf strl § 48 a, annet ledd.

Konkurskarantene kan bare ilegges fysiske personer. Dette følger forutsetningsvis av kkl 142 sjette ledd.

En situasjon som kan oppstå i praksis er at et aksjeselskap blir straffet etter reglene om foretaksstraff, fordi selskapet objektivt sett har overtrådt et straffebud, jf strl § 48 a. første ledd, 1. pkt. I tillegg blir daglig leder, styreformann osv. ilagt konkurskarantene i medhold av kkl § 142 sjette ledd, etter vilkårene i første ledd nr 1. I så fall må det foreligge rimelig grunn til mistanke om at vedkommende er ansvarlig for den samme handlingen, selv om subjektiv straffeskyld ikke kan bevises etter det strafferettslige beviskravet. Dette innebærer at straffen for samme handling er idømt to forskjellige rettssubjekt, og dette vil antagelig ikke rammes av P7 art. 4 nr 1.

Et enkeltmannsforetak drives for en enkelt persons regning og risiko. Går et slikt foretak konkurs, er det innehaveren selv som blir ilagt konkurskarantene. Her må løsningen etter mitt syn bli det motsatte, fordi foretaket og innehaveren er samme rettssubjekt.

6.3 Konsekvenser for avsluttede saker i strid med P7 art. 4 nr 1

Det er gjennom tidene avsagt en rekke straffedommer hvor tiltalte tidligere har gjennomgått en sivil sak om konkurskarantene for samme forhold. Motsatt er det også ilagt konkurskarantene etter at samme forhold som begrunner karantene har vært gjenstand for straffeforfølgning. Ettersom både straffeprosessloven og tvistemålsloven er såkalte sektormonistiske rettsområder, jf kapittel 2.6.3, har reglene i P7 art. 4 nr 1 vært bindende for Norge siden 1989, som er det tidspunkt den syvende tilleggsprotokoll fikk virkning for Norge. Ettersom det hittil ikke har vært avsagt noen dommer i Høyesterett om denne problemstillingen, er det heller ingen aktuelle saker som p.t. kan prøves for EMD, jf EMK art. 35 nr 1. Men Høyesterett skal ta stilling til dette spørsmålet høsten 2003, og dersom tiltalte ikke får medhold, kan han innen 6 måneder bringe saken inn for EMD.¹³⁸

¹³⁸ Høyesterett har berammet tre straffesaker med krav om avvisning på grunn av at tiltalte er ilagt konkurskarantene for samme lovbrudd, jf omtale i slutten kapittel 5.2.4.3.

Dersom Høyesterett eller EMD kommer til at konkurskarantene og straff er i strid med rettskraftreglene i EMK, er spørsmålet hvilke konsekvenser det har for de saker som er rettskraftig avgjort.

For en eventuelt konkret sak som kommer opp for EMD, reguleres virkningene av EMK art. 46 og 41. Statene plikter å rette seg etter avgjørelsen i EMD, og tiltalte kan ha krav på erstatning og/eller gjenopptakelse. Etter strpl § 391 nr 2 kan en sak gjenopptas på grunnlag av en avgjørelse om samme saksforhold avsagt av en internasjonal domstol. For sivil saker er det en tilsvarende bestemmelse i tvml § 407 nr 7.

Dersom det er Høyesterett som ved dynamisk tolkning bidrar til å utvikle konvensjonen, følger det av strpl § 392 første ledd at en straffesak kan gjenopptas på grunnlag av nye prejudikater. Det følger av forarbeidene at det avgjørende for rettens skjønnsmessige kompetanse, er om det etter omstendighetene ville være støtende om dommen blir stående uendret.¹³⁹

Dette reiser en prinsipiell problemstilling om hvorvidt en dynamisk utvikling av bestemmelsen skal ha virkning for avsluttede saker. I forhold til EMK, er statene bare bundet av de konkrete saker de er parter i. Derfor kan ikke EMD pålegge Norge å gi en avgjørelse virkning for avsluttede saker.

Når det gjelder sivile rettskrav mellom private, er det antagelig tvilsomt at ny og klart utviklende fortolkning skal kunne danne grunnlag for omgjøring. Dette vil stride mot tilbakevirkningsforbudet i Grunnlovens § 97.¹⁴⁰ Men når det gjelder straffesaker, vil ikke en gjenopptakelse til gunst for domfelte gå ut over andre borgere.

Det er da ikke noe rettslig hinder for å la ny og utviklende konvensjonstolkning danne grunnlaget for å gjenoppta en fallende straffedom.¹⁴¹

For konkurskarantene som er ilagt etter en straffedom, hvor spørsmålet er om en sivil sak skal gjenopptas, må det samme synspunktet gjøre seg gjeldende ettersom det ikke dreier seg om et sivilt krav med en annen privatperson som motpart.

¹³⁹ Jf Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker (1969), side 343

¹⁴⁰ Jf tilsvarende problemstilling i Rt 2000 side 1811 (Finnangersaken)

¹⁴¹ Slik Skoghøy 2002 side 352.

Høyesterett har nylig behandlet begjæring om gjenopptakelse av straffesak på grunnlag av plenumskjennelsen i *Tilleggskatt II*.¹⁴² Straffesaken var pådømt før plenumskjennelsen av 3. mai 2002 og et enstemmig Høyesterett i plenum tok ikke begjæringen til følge. Høyesterett kom til at de lovbestemte vilkårene i strpl § 392 første ledd var oppfylt. Imidlertid kom retten enstemmig til at den skjønsmessige adgangen til å tillate gjenopptakelse ikke burde benyttes.

Et vesentlig moment i rettens begrunnelse var at det i 1998, da Høyesterett behandlet anken i straffesaken, ikke forelå noen avgjørelse fra EMD som tok stilling til om den norske ordningen med tilleggsskatt og strafferettslig forfølgning var konvensjonsstridig eller ikke, jf avsnitt 74. Retten viste også til den utvikling i tolkningsmetoden når det gjaldt forholdet mellom norske prosessregler på strafferettens område og regler om bygger på konvensjonen. Videre ble det påpekt at ”forståelsen av bestemmelsen i konvensjonen har vært gjenstand for en vesentlig utvikling etter vedtakelsen, som ikke var avsluttet i 1998, men fortsatte frem til plenumskjennelsen 3. mai 2002”, jf avsnitt 92. Spørsmålet om hvordan dette forholdt seg til avgjørelse som var truffet i tidsrommet etter 1998 og frem til 3. mai 2002 forelå ikke til avgjørelse i denne saken. Imidlertid fremkommer det i - etter mitt syn - en klar obiter-uttalelse, at den samme begrunnelse ville føre til at det ”ikke er grunnlag for å tillate gjenopptakelse av rettskraftige straffedommer på dette området avsagt før plenumskjennelsen 3. mai 2002.”

Med andre ord er skjæringspunktet i dette spørsmålet tidspunktet for avgjørelsen i *Tilleggskatt II*.

Et viktig moment i rettens vurdering var hensynet til domstolenes rettsskapende virksomhet. Retten mente en ”ordning med omfattende tilbakevirkning også for rettskraftige avgjørelser ville kunne legge bånd på norske domstolars tolkning og utvikling av konvensjonene”, jf avsnitt 95.

Etter min oppfatning kan dette knyttes til Høyesteretts uttalelse i *Tilleggsskatt I*, jf kapittel 2.6.3 om *demokratihensynet*. Kanskje retten her ønsker å formidle en mer

¹⁴² HR 2002-00769 avsagt 21/3-2003

liberal holdning til at norske domstolers anlegger en dynamisk tolkning av konvensjonen, enn det som fremkommer i denne plenumsavgjørelsen, så lenge dette bare får virkning fremover i tid.

Jeg kan ikke se at den begrunnelse Høyesterett har for resultatet i denne saken er begrenset til saker om tilleggsskatt. De prinsipielle betraktningene har antagelig som utgangspunkt gyldighet for spørsmålet om gjenopptakelse i saker om konkursskarantene og straff. Det som imidlertid kan være en kompliserende faktor er at rettskraftreglene etter norsk rett ikke like klart regulerer dette spørsmålet, enn hva som er tilfelle for saker om tilleggsskatt. Jeg viser i denne anledning til kapittel 5.5.3, når det gjelder det tilfellet at det reises straffesak etter en karantenesak. Med andre ord er det kanskje ikke like opplagt og forutberegnelig for en person som er ilagt konkursskarantene, at han også må regne med å bli tiltalt for det samme lovbruddet i en senere straffesak.

Opgavens omfang tillater ikke å gå dypere inn i denne problemstillingen.

6.4 Hvordan tilpasse lovgivningen og/eller saksbehandlingen

6.4.1 Innledning

Uavhengig av om forbudet mot dobbel straffeforfølgning rammer den ordningen vi har i dag, er det enighet om at reglene om konkursskarantene har en rekke svakheter når det gjelder skyldnerens rettssikkerhet. Selv om omfanget av konkursskarantener ikke er helt ubetydelig, er det ganske åpenbart at denne sanksjonsmuligheten ikke blir benyttet som forutsatt.

Men systemet er etablert, og rettspraksis har løst flere tolkningsspørsmål, blant annet i tilknytning til saksomkostninger og forholdet til påtalemyndigheten. I stedet for å fjerne hele karanteneinstituttet, kan det tenkes andre muligheter for å unngå problemet med rettskraftreglene og eventuelt også saksbehandlingsreglene i EMK art. 6.

6.4.2 Påtalemyndigheten må tidlig ta stilling til etterforskningen

Dersom man velger å opprettholde dagens karanteneregler, er spørsmålet hvordan påtalemyndigheten og bostyrer kan innrette seg i forhold til dette.¹⁴³

¹⁴³ Jeg ser her bort fra problemene i forhold til art. 6.

Vedtagelsen i 1999 av den nye bestemmelsen i kkl § 122 a om utvidelse av boets informasjons- og bistandsplikt, var ett av flere tiltak for å bekjempe konkurskriminalitet generelt, og spesielt å forbedre kommunikasjonen mellom bostyrer og påtalemyndigheten.¹⁴⁴ Mer konkret er det uttalt i forarbeidene at bestemmelsen tar sikte på ”å legge til rette for et mer rutinemessig og nært samarbeide mellom påtalemyndigheten og boet i tilfelle hvor det foreligger mistanke om straffbare forhold”.¹⁴⁵

Forutsatt at bostyrer oppfyller sin varslingsplikt så raskt som mulig etter konkursåpningen, bør påtalemyndigheten prioritere å komme på banen så tidlig som mulig for å avgjøre om det er grunn til å innlede etterforskning. Så vidt jeg vet er det en slik ordning i Sverige i forhold til rettighetstap, jf kapittel 2.5.2. I en slik vurdering bør det gjøres en sontring mellom de mindre alvorlige tilfellene og de grove straffbare handlingene, slik at påtalemyndigheten bare konsentrerer seg om de alvorlige tilfellene.

Dersom påtalemyndigheten beslutter å innlede etterforskning, må spørsmålet om konkursskarantene legges bort. Det blir i så fall snakk om rettighetstap etter strl § 29, som kan ilegges alene eller kombineres med fengselsstraff og bøter, jf strl § 15 tredje ledd. Hvis påtalemyndigheten beslutter å ikke innlede etterforskning, vil bostyret kunne fortsette sine undersøkelser og eventuelt begjære konkursskarantene. På den måten forblir konkursskarantene en reaksjon for de mindre alvorlige sakene, og et enklere alternativ til strl § 29 og andre straffesanksjoner etter de alminnelige og spesielle straffebestemmelsene. Påtalemyndigheten ville fortsatt ha partsinteresser, og på den måten kunne gi bidrag til karantenesaken, men kan ikke reise straffesak for samme forhold.

I en rekke saker vil det nok være vanskelig å fastslå på et tidlig stadium om det er snakk om alvorlige strafferettslige forhold eller ikke. I disse sakene må bostyrer og påtalemyndigheten ha et løpende samarbeide over tid, inntil man kan avklare om man skal velge et strafferettslig *eller* et konkursrettslig spor.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr 26 (1998-99), kapittel 11.4.3.

¹⁴⁵ Ot.prp.nr 26 (1998-99), del VIII kapittel 6

6.4.3 Konkurskarantene ilegges etter straffeprosessuelle regler.

Uavhengig av om konkurskarantene klassifiseres som straff etter norsk rett, kan saksbehandlingsreglene endres, slik at den ilegges etter straffeprosesslovens regler, på same måte som for eksempel inndragning, jf strpl § 2 første ledd nr 2). Dette vil innebære at karantenen må ilegges samtidig med eventuell annen straff i samme sak. På den måten oppnår man å beholde en enklere reaksjonsform enn rettighetstap etter strl § 29, men man mister muligheten til å reagere før straffesaken er ferdig etterforsket.

6.4.4 Endring av vilkårene for konkurskarantene

Det er grunn til å anta at det største problemet med konkurskarantene etter kkl § 142 første ledd nr. 1, er at den forutsetter en straffbar handling. Det andre vilkåret i nr 2 tilsvarer langt på vei den britiske CDDA, som EMD har ansett å ikke være omfattet av straffebegrepet i EMK, jf kapittel 5.2.4.1.

Mange vil nok mene at vilkåret i nr 2 i praksis er vanskeligere å håndtere enn det første. Dette fordi den forutsetter en svært skjønsmessig vurdering. Ved å fjerne det alternative vilkåret i nr 1, mister man kanskje det enkleste rettsgrunnlaget, men gjør det antagelig mulig å straffeforfølge skyldneren etterpå.¹⁴⁶ Men det knytter seg betenkeligheter til dette vilkåret sett fra rettssikkerhetssynspunkt, når en så vidt alvorlig reaksjon kan ilegges på bakgrunn av forhold som ikke er gjort straffbare og som heller ikke har krav om subjektiv skyld, jf Rt. 1987 side 719. Et annet problem er at det ikke kan sees bort fra at straffebegrepet i EMK etter hvert vil bli utvidet til også å omfatte dette forholdet.

6.4.5 Konkurskarantene som midlertidig tiltak

Det kan være en bedre mulighet å omforme reglene, slik at det klart fremgår at karantenen skal være et midlertidig tiltak i påvente av eventuell etterforskning. Det foreligger avgjørelser både fra EMD og Høyesterett som går ut på at midlertidig inndragning av førerkort etter vtrl § 33 nr 5 ikke er straff.¹⁴⁷

¹⁴⁶ I tillegg er det mulig de problemene som knytter seg til EMK art. 6 nr 2 og 3 også faller bort.

¹⁴⁷ Jf *Mulot mot Frankrike* og Rt. 2002 side 592

Den adgangen påtalemyndigheten har til å forlenge karantenetiden i kkl § 143 første ledd annet punktum, har nettopp et slikt formål. Bakgrunnen for denne bestemmelsen var at blant annet Riksadvokaten i høringsrunden hadde gitt uttrykk for at karantenetiden var i korteste laget. Dette var basert på at etterforskningen i saker om økonomiske forbrytelser erfaringsmessig tar lang tid, og dette ville kunne medføre at personer som var mistenkt for straffbare forhold kunne etablere nye selskaper før straffesaken var avgjort. På dette tidspunkt var det aktuelt å foreslå en automatisk karantene, og Justisdepartementet ønsket derfor ikke en lengre karantenetid generelt. For å imøtekomme behovet for dette, ble det i stedet foreslått at påtalemyndigheten kunne begjære forlengelse av karantenetiden.¹⁴⁸

Sett fra bostyrers side er det også en fordel at skyldneren har karantene så lenge bobehandlingen pågår. På samme måte som i trafikken, kan det være nødvendig å luke ut ”farlige” forretningsdrivende snarest mulig etter at gjerningen er avdekket. Som illustrasjon kan også nevnes reglene om midlertidig karantene så lenge bobehandlingen pågår i den svenske konkurslagen, jf kapittel 2.5.2.

En slik løsning vil også medføre at beviskravet i kkl § 142 første ledd nr 1 ikke vil innebære noen problemstilling i forhold uskyldspresumpsjonen i art. 6 nr.2. Tiltaket vil kunne sammenlignes med et straffeprosessuelt tvangsmiddel.

Forhistorien til karantenereglene kan gi et visst inntrykk av at det var dette som var den opprinnelige begrunnelsen for reglene. I forarbeidene til de opprinnelige reglene i aksjeloven heter det i en generell oppsummering at det ”kan også ellers være grunn til å ha en viss sperretid mens forholdene omkring konkursen blir undersøkt med sikte på å avdekke eventuelle misligheter eller andre uheldige forhold.”¹⁴⁹

Da konkurslovens regler om karantene skulle vedtas, fremhevet Stortingskomiteen det som viktig at beviskravet skulle settes lavere enn i straffesaker for at karantenen kunne settes i verk hurtigere etter konkursen enn det en strafferettslig forfølgelse ville tillate.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Ot.prp. nr 50 (1980-81) side 122.

¹⁴⁹ Ot.prp. nr 10 (1974-75), side 50.

¹⁵⁰ Innst.O .nr 50 (1975-76), side 21 og Ot.forh.(1976), side 520.

I høringsrunden etter konkurslovutvalgets innstilling kom det forslag om at konkurskarantene burde ilegges som en ”foreløpig reaksjon” på et tidlig stadium i konkursbehandlingen, og reaksjonen ville da ha det samme formål som tvangsmidler etter straffeprosessloven. Kommentaren fra departementet på dette var at det er en slik adgang etter dagens regler, og det ble vist til påtalemyndighetens partsrettigheter etter kkl § 143 annet ledd.

Det vil trolig være mulig å konstruere konkurskarantene som et straffeprosessuelt tvangsmiddel for straffbare forhold i konkurs, jf blant annet reglene i kkl § 105 som gir hjemmel for å pålegge skyldneren forskjellige frihetsinnskrenkninger. På den måten opprettholder man muligheten for å ilegge en rask reaksjon som ofte er nødvendig i slike saker. Det må her tilføyes at tidsrammen for karantenen nok vil måtte være fleksibel i forhold til påtalemyndighetens etterforskning. I tillegg vil det selvsagt kunne ilegges rettighetstap etter strl § 29 når saken er ferdig etterforsket.

En slik løsning vil imøtekomme det behovet påtalemyndigheten har for å hindre vedkommende som er under etterforskning å fritt utøve næringsvirksomhet. Noe som igjen kan virke positivt på arbeidet med å bekjempe konkursskriminalitet.

6.4.6 Bostyrer kan overta deler av etterforskningen

Dette spørsmålet handler ikke direkte om konkurskarantene. Jeg ønsker allikevel å avslutte noen kommentarer til forholdet mellom bostyrer og politi- og påtalemyndigheten når det gjelder etterforskning og avdekking av straffbare forhold i konkurs.

De fleste er enige i at straff i seg selv, det være seg konkurskarantene eller de vanlige straffene i straffeloven, ikke alene er tilstrekkelig for å avholde borgerne fra å utøve lovbrudd. En kanskje viktigere faktor for straffens preventive virkning er oppdagelsesrisikoens størrelse. Dette er særlig aktuelt for økonomisk kriminalitet, som kjennetegnes ved at de moralske hemningene ofte er små. Risikoen for å bli oppdaget blir sett på som en forretningsrisiko som måles opp mot den økonomiske gevinsten av lovbruddet. Antagelig er det her den største utfordringen ligger når det gjelder effektive tiltak mot økonomisk kriminalitet.

Det har over lengre tid vært reist kritikk mot politiets behandling av saker som gjelder konkursskriminalitet, både fra bostyrere, dommere og andre med tilknytning til konkurs.

Mediene har også rettet fokus mot dette problemet. Kritikken har gått ut på at denne sakstypen ikke prioriteres. Det går ofte svært lang tid før etterforskning igangsettes og mange saker henlegges uten etterforskning. Når mange bostyrer nedlegger betydelig arbeid for å avdekke straffbare forhold, gis det uttrykk for sterkt frustrasjon over at politiet ikke følger opp.¹⁵¹

Selv om konkurs er en ren sivilrettslig kreditorforfølgning, er ikke dette til hinder for et samarbeid mellom bostyret og påtalemyndigheten når det gjelder avdekking og forfølgning av konkursskriminalitet. Selv om bostyret primært skal ivareta kreditorfellesskapets interesser, har utviklingen de senere år gått i retning av at den offentligrettslige siden av bobehandlingen er blitt mer fremtredende. Grunnen til dette er at det i liten grad har blitt dividende igjen til de uprioriterte kreditorene. De private kreditorene har derfor lite å hente i bobehandlingen. Det er derfor naturlig at de offentligrettslige hensynene har kommet mer i forgrunnen.¹⁵²

I dagens konkurslovgivning har bostyrer en plikt til å gjøre visse undersøkelser i den hensikt å avdekke straffbare forhold, jf kkl § 122a. Justisdepartementets garantiordning for fortsatt bobehandling har nettopp som hovedformål å avdekke økonomisk kriminalitet. Men det er lite kostnadseffektivt at boene tilføres midler til å undersøke eventuelle straffbare forhold, dersom dette ikke følges opp av påtalemyndigheten. En bedre utnyttelse av disse resursene må kunne være en intensivering av samarbeidet mellom påtalemyndigheten og bostyrer. I så fall bør dette kunne formaliseres med avtaler om arbeidsfordeling og ansvarsområde.

Et problem for politiet i slike saker er at de ofte ikke har tilstrekkelig kunnskap om økonomiske forhold. For de alvorlige sakene er dette avhjulpet med opprettelsen av ØKOKRIM, men fortsatt blir mange mindre saker etterforsket av de lokale politikontorene. Bostyrere har som regel bred erfaring med konkurssaker generelt, og kjennskap til konkursdebitors virksomhet spesielt. Bostyrer kan lettere engasjere revisorer og andre spesialister, og tilpasse kapasiteten etter behov. Ettersom kreditorene er fornærmet i straffesaken, og bostyrer er kreditorenes representant, er ikke reglene om taushetsplikt for påtalemyndigheten til hinder for informasjonsutveksling mellom

¹⁵¹ Jf Konkursrådet uttalelse nr 43.

bostyrer og politiet.¹⁵³ Dessuten er det i konkursloven tilrettelagt for flere straffeprosessuelle tvangsmidler, jf for eksempel kkl §§ 100 – 105.

At bostyrer på et vis overtar etterforskningen av mindre alvorlige økonomiske lovbrudd, vil frigjøre kapasitet hos påtalemyndigheten, som kan settes inn på mer alvorlige forbrytelser. Rasjonalisering kan skje blant annet ved at bostyrer og tingretten samkjører etterforskningen av lovbrudd med den øvrige bobehandlingen. En sentral oppgave for bostyrer i tillegg til å avdekke boets aktiva, er å undersøke om det før konkursen er foretatt disposisjoner som kan omstøtes til fordel for boet. I praksis er det ofte de samme undersøkelser som må foretas i denne forbindelse, som for å avdekke økonomiske lovbrudd. Det som kjennetegner etterforskningen av økonomiske lovbrudd, er blant annet nitidig undersøkelser av ofte omfattende mengder skriftlige dokumenter, regnskapsmateriale mv.

Finansieringen av dette er en budsjettsak for Stortinget. Men det finnes allerede etablerte garantiordninger fra staten, og det er også mulighet for boet å søke særskilt godtgjørelse etter kkl § 122 a annet ledd, siste punktum. Dessuten arbeides det nå med et lovforslag som skal sikre tilstrekkelige midler til bobehandlingen.¹⁵⁴

Det kan hevdes at å overlate mer av etterforskningen til bostyrer, vil kunne ha negative konsekvenser for skyldnerens rettssikkerhet. Ettersom bostyrer ikke er en offentlig ansatt tjenestemann, er det mulig dette innebærer en mindre betryggende prosess. Men kravet til sikkerhet i straffesaker må sies å være relativt i forhold til hvor alvorlig den er for tiltalte. Så lenge de saker bostyrer behandler er begrenset til de mindre alvorlige lovbruddene, bør ikke dette bli et stort problem. Dessuten bør de tilsynsordningene advokatene i dag er underlagt kunne ivareta behovet for kontroll av bostyrere. I tillegg ligger det implisitt en kvalitetssikring i at bostyrer oppnevnes av retten i hvert enkelt konkurstilfelle.

¹⁵² Jf Konkursrådets anbefaling, vedtatt 24/7-2002

¹⁵³ Økokrims skiftserie nr 1, kapittel 6.2.

¹⁵⁴ Artikkel i Aftenposten 9. januar 2003 ”Pengemangel redder konkursryttere”

7 Kilder

7.1 Lovregister

1814 Kongeriget Norges Grundlov

§§ 96, 97, 110 c

1902 Almindelig borgerlig Straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr 10

§§ 15,16, 29, 35, 48 a og b, 257, 258, 286

1915 Lov om domstolene (domstolloven) av 13. august 1915 nr 5

§ 230

1915 Lov om rettergangsmåten for tvistemål (tvistemålslove) av 13. august 1915 nr 6

§§ 36 a, 64, 161, 163, 242, 384, 405 flg ,407 nr 7,

1930 Lov om skifte av 21. februar 1930

§ 23

1957 Lov m aksjeselskaper av 6. juli 1957 nr. 4 (Opph.)

§ 48

1965 Vegtrafikklov (vegtrafikkloven) av 18. juni 1965 nr 4

§§ 3, 33, 34

1976 Lov om aksjeselskaper av 4. juni 1976 nr 59 (opph.)

§§ 13-19, 13-20

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr 25

§§1, 2, 3, 4, 50, 51, 73, 74, 75, 82, 249, 342 annet ledd, 343, 389 flg, 391 nr 2, 392 første ledd

1984 Lov om gjeldsforhandlinger og konkurs (konkursloven) av 8. juni 1984 nr 58

§§ 60, 72, 83, 85, 90, 92-95, 100-105, 101, 120 første ledd nr 5 og nr 7, § 122a, 122 b, 142, 143, 143 a, 144, 145, 149, 150, 152 annet ledd, 153

1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr 44

§ 16-18

1997 Lov om serveringsvirksomhet (serveringsloven) av 13. juni 1997 nr 55

§ 23

1999 Lov om styrking av menneskerettighetens stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

av 21. mai 1999 nr 30

§§ 2, 3

1996 Forskrift til domstollovens kapittel 11 (Advokatforskriften) JD 20.12.1996 nr 1161

1993 Forskrift om konkursregistret. JD 23.08.1993 nr 824

7.2 Konvensjoner og utenlandske lover

Konvensjoner

European convention for the protection of human rights and fundamental freedoms,

Roma 4. november 1950. *Norsk tittel:* Den europeiske menneskerettighetskonvensjon, 1950

Art. 6, 7, 10 nr 2, 32, 33, 34, 35, 41, 46

Protokoll no. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

Freedoms. Strasbourg 22. november 1984. *Norsk tittel:* Protokoll nr 7 til Konvensjon om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter.

Art. 4

International Covenant on civil and political rights. 16. desember 1966.

Norsk tittel: Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter

Art. 14 nr 3 g), nr 7

Vienna convention on the law of treaties, Vienna May 23, 1969

Art. 31, 32

Andre lands lover:

1987:672 Konkurslagen (Sverige), kapittel 6 § 1

1986:436 Lov om näringsförbud (Sverige), §§ 1a, § 2, § 8, § 8a

Lovbekendtgørelse 2002-09-16 nr 779. Straffelov (Danmark), § 78

Code Pénal (Frankrike), art. 43-2

Décret 67-1120 22 décembre 1967 (Frankrike), art. 106-108.

The Company Disqualification Act 1986 (CDDA) (Storbritannia), section 1, 6

7.3 Lovforarbeider og offentlige utredninger m.v.

7.3.1 Forarbeider m.v. til konkursloven

- Ot.prp. nr 10 (1974-75) om lov om endring i lov av 31. mai 1963 nr 2
Innst.O. nr 50 (1975-76) om lov om aksjeselskaper
Forh. i Odelstinget 1976 Lov om aksjeselskaper
Ot.prp. nr 50 (1980-81) Lov om gjeldsforhandling og konkurs
Ot.prp. nr 39 (1982-83) Om lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven) m v
Innst.O. nr 56 (1983-84) Om lov om gjeldsforhandling og konkurs (konkursloven)
NOU 1993:16 Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v.
Ot.prp. nr 7 (1989-90) Om lov om endringer i konkursloven m.v
Ot.prp. nr 22 (1992-93) Om lov om endring i konkursloven (Konkursregister)
Ot.prp. nr 26 (1998-99) Endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v
Innst.O. nr 77 (1998-99) Endringer i konkurs- og pantelovgivningen m.v.

7.3.2 Forarbeider m.v. til prosesslovgivningen

- 1969 Innstilling om rettergangsmåten i straffesaker fra
Straffeprosesslovkomiteen
Ot.prp. nr 8 (1998-99) Om lov om endring i straffeloven og straffeprosessloven
(inndragning av utbytte)
Ot.prp. nr 65 (2001-02) Om lov om endring av rettergangslovgivningen m.m (bortfall av
funksjonsbetegnelse på domstolene m.m.)
NOU 2001:23 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven)

7.3.3 Øvrige forarbeider m.v.

- Udkast til Almindelig borgelig Straffelov. Kristiania, 1896.
St.prp. nr 6 (1987-88) Om samtykke til ratifikasjon av sjette, sjuende og åttende
protokoll til Den europeiske menneskerettskonvensjon
Ot.prp. nr 3 (1998-99) Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
(menneskerettsloven)
NOU 1983:57 Straffelovgivningen under omforming
NOU 1992:23 Ny straffelov – alminnelige bestemmelser. Straffelovkomisjonens
delutredning V
SOU 1997:123 Ett effektivare näringsförbud. Betänkande av
Näringsförbudslagutredningen. Stockholm 1997
Council of Europe: Explanatory Report to Protocol No. 7 to the Convention for the
Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.
<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadreListeTraites.htm>

7.4 Domsregister

7.4.1 Avgjørelser fra norske domstoler

<u>Høyesterett:</u>	Rt 2002.497 (<i>Tilleggsskatt III</i>)
Rt 1976.1 Kløftadommen	Rt 2002.789
Rt 1977.1207	Rt 2002.1032
Rt 1980.360	Rt 2002.1216 (<i>Fører kortdommen</i>)
Rt 1984.1175	Rt 2002.1271 (<i>Inndragingskjennelsen</i>)
Rt 1987.719	HR 2002-00915 av 18/12-02
Rt 1991.1216	HR 2002-01024 av 28/2-03
Rt 1992.152	HR 2002-00769 av 21/3-03
Rt 1992.553	HR 2002-01258
Rt 1994.610 Bølgepappkjennelsen	HR 2002-00849 av 1/4-03
Rt 1995.658	<u>Lagmannsretter:</u>
Rt 1995.1189	LE 1999-00269
Rt 1996.591	LB 1999-00269
Rt 1996.905	LE 2002-00116
Rt 1997.1255	LE 2002-00570
Rt 1997.1821 Kjuus-saken	LE 2002-01027
Rt 2000.996 Bøhlerdommen (<i>Tilleggsskatt I</i>)	LB 2003-00237
Rt 2000.1811 Finnangersaken	LB 2001-00587
Rt 2001.85	Agder Lagmannsrett upublisert kjennelse
Rt 2001.1049 (<i>Trikkesnikerkjennelsen</i>)	av 10/12-2002 (vedlegg 2)
Rt 2002.509	<u>Skifteretter/Tingretter:</u>
Rt 2002.557 (<i>Tilleggsskatt II</i>)	RG 1993.1148 Oslo Skifterett

7.4.2 Den europeiske menneskerettsdomstolen

Publisert i HUDOC basen. Tilgang: <http://hudoc.echr.coe.int/hudoc/default.asp>

Sortert etter navn på klager.

Klagers navn:	Stat:	Saksnr:	Dato:
Brown	Storbritannia	38644/97	24/11-98
Campell og Fell	Storbritannia	7819/77	28/6-84
DC.,HS.og AD	Storbritannia	39031/97	14/9-99
Demel	Østerrike	30993/96	16/4-98
Engel m.fl	Nederland	5100-/71	8/6-76
Fischer	Østerrike	37950/97	29/5-01
Garyfallou AEBE	Hellas	18996/91	24/9/97
Golder	Storbritannia	4451/70	21/2-75
Gradinger	Østerrike	15963/90	23/10-95
Gradinger	Østerrike	Komm.rap	19/5-94
Göktan	Frankrike	33402/96	2/7-02 ¹⁵⁵
Jamil	Frankrike	15917/89	8/6-95
Kremzow	Østerrike	16417/90	7/11-90
König	Tyskland	6232/73	28/6-78
Malige	Frankrike	27812/95	23/9-98
Molut	Frankrike	37211/97	12/12-99
Oliveira	Sveits	25711/94	30/7-98
Phillips	Storbritannia	41087/98	5/7-2001
Ponsetti and Chesnel	Frankrike	36855/97	14/9-99
R.T	Sveits	31982/96	30/5-00
Saunders	Storbritannia	19187/91	17/12-96
Tre Traktörer AB	Sverige	10873/84	7/7-89
Weber	Sveits	11034/84	22/5-90
Welch	Storbritannia	17440/90	9/2-95
Wemhoff	Tyskland	4451/70	2122/64
Y	Norge	56568/00	11/2-03

¹⁵⁵ Den norske oversettelsen følger som vedlegg 1

7.5 Juridisk litteratur og andre kilder

Andenæs, Johs. *Formuesforbrytelsene*. 1996

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utgave. Oslo, 1997

Andenæs, Johs. *Norsk Straffeprosess*. Bind I. 3. utg. Oslo, 2000

Bratholm, Anders. *Strafferett og samfunn*. Oslo, 1980

Danelius, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis*, Stockholm 2000.

Eriksen, Morten. *Parallell bruk av administrativ tilleggskatt og straff etter ligningsloven*. I: Tfs. 2001, s.167-210.

Eskeland, Ståle. *Økonomiske forbrytelser og straff: - juridiske grunnlagsproblemer*. Ståle Eskeland og Einar Høgetveit (red). Oslo, 1994.

Graver, Hans Petter. *Dømmer Høyesterett i siste instans?* I: JV 4-5/2002, s. 263-281

Hov, Jo. *Rettergang I – Sivil- og straffeprosess*. Oslo, 1999

Jahre, Hans-Petter. *Etterforskning av konkurssaker*. Hans-Petter Jahre, Arnstein Gjengedal og Leif Erik Nilsen. Økokrims skriftserie nr 1. Oslo, 1990.

Langli, John Christian. *Konkurskriminalitet i Norge*. Norges Forskningsråd rapport 46, 2001.

Mathiesen, Thomas. *Retten i samfunnet*. Oslo, 1997

Møse, Erik. *Menneskerettigheter*. Oslo, 2002

Opsahl, Torkel. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2. utg. 1996

Ravlo, Line. *EMKs betydning for norsk prosessrett – en introduksjon*. I: JV 5-6/2001 s. 319- 336

Ruud, Morten. *Utvalgte emner i folkeretten*. Morten Ruud, Geir Ulfstein og Ole Krisitan Fauchald. Oslo, 1997

Schonhowd, Kjetil. *Konkurskarantene – vilkår og virkninger*, Oslo, 2001

Skoghøy, Jens Edvin A. *Norske domstolars lovkontroll*. I: LoR 6/2002 s. 337-354

Strandbakken, Asbjørn. *"Ne bis in idem"*. I: LoR 6/2002, s.355-391

Aall, Jørgen. *Rettergang og menneskerettigheter*. Bergen, 1995

Aall, Jørgen. *"Dobbeltstraff"*. I: TfR 1-2/2002, s.76-92

Konkursrådet. *Behandling av straffbare forhold begått i forbindelse med konkurs*. Anbefaling vedtatt 13. juni 1997, sist oppdatert 19. februar 2000.

Konkursrådet. *Politiets behandling av konkursskriminalitet*. Uttalelse nr 43 av 4/12-2002

Konkursrådet. *Strategi for ivaretagelse av det offentliges interesser i forbindelse med konkursbobehandlingen*. Anbefaling vedtatt 24/7-2002

Brønnøysundregistrene.

Tilgang: <http://www.brreg.no/nyheter/2003/01/konkurstill.2002.html>.

Justisdepartementet. Rundskriv G77/90 datert 20. april 1990.

8 **Vedlegg**

(Følger som eget innbundet vedlegg til de trykte eksemplarene)

8.1 **Vedlegg 1**

Uoffisiell norsk oversettelse av EMDs avgjørelse i saken *Göktan mot Frankrike*, sak nr 33402/96 avsagt 2/7-2002.

8.2 **Vedlegg 2**

Kopi av kjennelse fra Agder lagmannsrett av 10. desember 2002, sak nr. 02-01549 M. Kjennelsen er ikke rettskraftig, men tatt inn til behandling i Høyesterett med sak nr. 2003-00014.

B